IESVS.

POR
Don Pedro Muñoz de Otalora,
CONTRA
Don Alonſo y doña Catalina Muñoz de Otalora.


VCHOS Son los agrauios que ha deduzido don Pedro, contra la particion y quentas: y porque los mas dellos ſon tan claros, que el miſmo hecho los da à entẽder ſin otra aueriguacion, remitiendo eſtos al memorial, ſe paſſara à los q̃ requieren diſputa, y en ella moſtraremos ſer juſtas las pretenſiones de don Pedro.

¶ De los agrauios q̃ don Alõſo, y doña Catalina pretendieron, eſta dado por libre don Pedro por ſentencia del ſeñor don Franciſco Arias Maldonado, que en quãto a eſto ſe confirmo en el Cõſejo, en que no ſe inſiſte, porque ſon claras las palabras de las ſentencias.

¶ Los agrauios pues de que ſe ha de tratar. Son el primero el de la heredad de Almudema. El ſegundo, el de la heredad de Singla. El tercero, el de la mejora de tercio y quinto de don Pedro, que no ſe han de ſacar del quinto las donaciones. El quarto, que mi ſeñora doña Catalina madre de don Pedro, no pudo lleuar el vſufruto dela mejora del tercio del ſeñor Lic. Alõſo Muñoz.

El quinto, que los frutos que lleuò de la mejora del quinto del dicho señor Licēciado, pertenecen tābien a don Pedro.

Primer agrauio de la heredad de Almudema.

PEDRO Muñoz hizo mayorazgo con facultad Real, en el Licenciado don Alonso Muñoz su hijo, al qual hizo donacion de lo que gastò en los estudios, con que el Licenciado vinculasse la heredad de Almudema, que era suya, y el lo aceptò ansi, y su Magestad confirmò esta escritura, y despues el Licenciado por su testamento declarò por vinculada la dicha heredad: y asi quedò por del mayorazgo que fundò Pedro Muñoz.

¶ Don Pedro, como hijo mayor del Licēciado, y nieto mayor de Pedro Muñoz, es sucessor en este mayorazgo que fundò su abuelo, y el agrauio que se le hizo, fue que en la particion se le adjudicò esta heredad a quenta de la mejora del tercio de su padre, siendo bienes y mayorazgo fundado por su abuelo.

¶ Aunque la heredad fue del Licenciado, desde que la vinculò Pedro Muñoz, quedò por de mayorazgo del dicho Pedro Muñoz: potest enim testator hæredis rem vt propriam legare, vel fideicommisso subijcere. l. hæredum. 25. vbi Salicet. Ias. & alij. C. de fideicōmis. l. vnum ex falimia. 69. §. si rem. ff. de legat. 2. §. non solum. instit. de legat. l. 10. tit. 9. p. 6. vbi Gregor. glos. 2. Couar in cap. filius noster. nu. 3. de testam. Mantica de coniectur. vlt. volunt. lib. 9. tit. 8. num. 8. & in specie, quod possit de re hæredis fieri maioratus, resoluit Molin. lib. 2. c. 10. n. 70.

¶ Non obstat, quod legitima nō recipiat grauamen. l. quoniam in prioribus. C. de inofficioso testamento. Lo primero, porque quando el padre le da al hijo mas que la legitima, le puede poner grauamen. Ias. in. l. hæredū. C. de fideicommis. Couar. in. d. c. filius noster. num. 3. de testa-

A

testament. Mantica de coniectur. vltima. volunta. lib. 9. tit. 8. nu. 8. Y como Pedro Muñoz hizo mejora en el Licenciado vltra legitimam, le pudo muy bien vincular la heredad.

¶ Lo segundo, porque como tuuo Pedro Muñoz facultad para hazer mayorazgo, pudo perjudicar a sus hijos en su legitima. Molina lib. 2. c. 1. nu. 9. & per totum, & c. 7. nu. 1. & 19. cum sequentib. mayormente auiendo interuenido despues confirmacion Real del vinculo. Molina vbi supra num. 35. y pudiendo como pudo quitarlo al Licenciado, y dexarlo a otro, le pudo muy bien grauar vinculando la heredad, quia quem honoro, grauare possum. l. vnica, §. pro secũdo. C. de caduc. tollend. l. quæ neptis. 97. cum seqq. ff. de acquirend. hæreditate: y de la misma manera que en la cosa que se mejora se puede poner grauamen, en que no ay duda, ex l. 27. Tauri. l. 11. tit. 6. lib. 5. Recopil. ansi mismo se puede poner en la cosa que es del hijo. l. vnum ex familia. 69. §. si rem tuam. ff. de legat. 2. §. non solum. inst. de legat. l. hæredum. 25. C. de fideicommiss. vbi valet fideicõmissum de re hæredis factum, & ibi obseruant Doctores. Doctores etiam in cap. filius noster. de testament. Quare si filio aliquid vltra legitimam fuerit relictum, res propria filij potest à patre fideicommisso subijci, legari, & alienari. Couar. in d. cap. filius noster. nu. 3. Velascus consul. ta. 69. nu. 9. Mantica de coniectur. vltimarum voluntat. lib. 9. cap. 8. num. 8.

¶ Lo tercero, porque el Licenciado consintio que se vinculasse esta heredad: y aunque era propria suya, en caso que el padre no le dexara mas que su legitima, certum est ex filij cõsensu institutionem maioratus valuisse: nam legitimæ etiam potest adijci grauamen, si accedat filij consensus, glos. verb. iudicium. in. l. si quando. 35. §. generaliter. C. de inoffic. testam. & ex ea posse constitui maioratum de consensu filij absque iuramẽto: resol-

uit

uit pluribus relatis. Molina lib.2.c.3. nu. 7. Gutier.in.c. quamuis pactum.de pactis.lib.6.in princ.nu.39.nã de re aliena poteſt quis de voluntate domini diſponere. l. ſicut.8. §.venditionis.ff.quib. mod. pigno. vel hypothe. ſolui.ibi:*Vt & ſi legare permiſit, valeat quod conceſsit.*

¶ Y como quiera que el Licenciado conſintio, no pueden ſus hijos dezir que no pudo dar eſte conſentimiento ſu padre, ex his quæ tradit Xuarez in.l. quoniã in prioribus.amplia.10.nu.53. cum ſeqq. donde mueue vna queſtion que antes no eſtaua tratada, an ſcilicet huiuſmodi conſenſus filijs conſentientis (id eſt) nepotibus præiudicium inferat: in cuius quæſtionis reſolutione diſtinctione vtitur, vt ſi filius conſentiens in vita patris decedat, nepotes qui in patris locum ſubrogantur, petere poſsint; ſi vero filius conſentiens, patri ſuperuixerit, in cuius vita præbuit conſenſum, nepotibus petẽdi aditus præcludatur, idem affirmat Gutierrez in.d.cap.quãuis pactum.in princ.nu.40. Y auiendo biuido, como en eſte caſo biuio el dicho Licenciado Alonſo Muñoz mas que ſu padre, quedarõ excluydos ſus hijos del derecho de pedir contra el vinculo deſta heredad.

¶ Quando todo lo dicho ceſſara, ſe ha de aduertir que Pedro Muñoz hizo gaſtos con el Licenciado en ſus eſtudios en mucha mayor cantidad del valor de la heredad, como eſta prouado: y aſsi pudieron padre y hijo concertarſe por todos los dichos gaſtos en que quedaſſe vinculada la heredad: in quo animaduerti debet, quod licet verum ſit, quòd pater expendens cum filio ſtudiorum cauſa, videatur donare. l. quæ pater. ff. famil. erciſc. l.3.tit.4.par.5.l.5.tit.15.par.6.vtrobique Gregorius Franciſc. de Poncelli. de duobus fratribus. quæſtio.2. principaliter Sebaſtia. Medices de compenſat. quæſt.10. nu.13.cum ſeqq.tom.6.par.2.tractat.fol.261. tamen en eſte caſo huuo demas de los gaſtos ordinarios otros muchos de libros, grados, y otros extraordinarios, como lo

deponen

deponen los testigos, y como està prouado, y parece por la escritura de concordia y vinculo, Pedro Muñoz tuuo siempre animo de contar a su hijo el gasto que hizo ad maiores disciplinas addiscendas extra id, quod domi esset expensurus, y esto es bastante para que se lo pueda contar. l. quæ pater. 51. ff. famil. ercisc. ibi: *Si non credendi animo pater misisse fuerit comprobatus*, vbi Bar. & alij Anto. Gomez in. l. 29. Tauri num. 16. versi. secundo limita. Ioan. Garsia de expens. cap. 4. nu. 4. Sebastian. Medices de compensat. quęst. 10. num. 15. Menoch. pręsumpt. 30. lib. 3. nu. 20.

❡ Y quando los gastos son grandes como fueron estos, non præsumitur donatio. Gregor. glo. fin. in. l. 3. tit. 4. p. 5. & glo. 5. l. 5. tit. 15. ratione magnæ inęqualitatis, que resultaria entre los demas hijos, en el qual caso no es visto el padre hazer gracia al hijo del gasto que hizo por causa del estudio: sensit Bart. in. l. 1. §. nec castrense. nu. 11. ff. de colla. bonor. ex. l. penul. §. vltim. C. de colla. Craueta consi. 125. nu. 7. Menoch. lib. 2. de arbitrar. casu. 131. nu. 4. & lib. 3. pręsumptionum. præsump. 30. num. 20. Y esto es fuera de lo que domi esset expensurus. Bal. cons. 363. lib. 2. Crauet. consi. 125. num. 9. Y en los estudios siẽpre se presumen los gastos grandes y excesiuos, quando vno està largo tiempo en ellos, como estuuo el Licenciado. authẽt. habita. ibi: *De diuitibus pauperes*. C. ne filius pro patre. vbi Bald. nu. 30. y el padre se presume que hizo estos gastos, nam quando quis tenetur ad præstandas impensas, fecisse pręsumitur cum constat factas esse. l. vltima. C. de alimentis pupillo præstan. Bart. in. l. cũ seruus. num. 4. ff. de verbor. obligation. Mascard. de probation. conclusione. 715. nu. 13. & hęc est probatio per rei euidentiam. d. l. fin. Mascard. conclusi. 715. & 716.

❡ Quod & comprobatur, porque el Licenciado cõfesso los gastos fechos en el estudio por contrato y escritura que se hizo para vincular la heredad: y assi prue

ua enteramente la dicha confession para efecto del dicho vinculo: nam eo casu verba etiam enuntiatiua, probationem inducunt. c. illud, & ibi Anto. de Butrio, Feli. & alij DD. de presumption. l. optimam, & ibi DD. C. de contrahend. & committen. stipul. Tiber. Decian. consi. 33. nu. 68. vol. 1. conf. 52. nu. 8. vol. 3. Menoch. lib. 3. presump. 133. nu. 1. Imo & sat est generalis debiti aut meritorum confessio. Deci. in l. si donatione. nu. 19. C. de collation. & consi. 20. Ias. consf. 154. lib. 2. Ripa in l. si vnquam. C. de reuocand. donation. nu. 31. quest. 15. Guid. Panciro. consi. 3. nu. 8. versi. & licet. y aqui ay especial confession de gastos fechos en los estudios, la qual obra plena prouança. l. Attilius Regulus. 27. ff. de donation. vbi glo. verb. non meram. Bald. in l. fin. ff. de exercitor. nu. 2. versi. item nota. Paul. nu. 2. ad fin. in d. l. si donatione. C. de collation. Tiraq. in l. si vnquam. verb. donatione largitus. nu. 93. cum seqq. Ioannes Garcia de nobilitat. glo. 2. nu. 18. cum seqq. late Menoch. consi. 112. nu. 22. cum seqq. lib. 2. Y siendo como es confession de hecho propio, plene probat text. & ibi omnes in Clem. 1. de probatio. Federicus consi. 117. Dec. consf. 152. Tiber. Decian. resp. 32. nu. 82. vol. 2. fortior enim est confessio facti proprij. l. quæro. ff. de ædi. edict. y no solo perjudica esta confession al que la haze, sino a sus herederos, y a qualquier sucessor singular. Tiber. Decian. vbi sup. nu. 83. Menoch. lib. 3. præsumpt. 133. nu. 3. Lo qual es mas sin duda, por no se auer prouado lo contrario por el dicho don Alonso y su hermana, ex communi, quam resoluit Decian. d. consi. 32. nu. 83. y concurre con esto, que la dicha confession fue hecha per modum causę, en el qual caso induze disposicion. Bar. in l. si socer. §. Lucius. ff. soluto matrim. & in l. qui nolebat. ff. de hæred. instit. Tiber. respon. 50. nu. 16. vol. 1.

¶ Sed obstaculo esse videtur, que por ser la heredad del Licenciado, valdra la disposicion como legado, y

asi

aſsi que aura de entrar en la mejora, iusta. l. Lucius. 90. §. quiſquis in. 2. ff. de legat. 2. l. qui vxori. ff. de auro & argen. leg. Bart. in. l. ſiquis decedens. §. codicillis. ff. de legat. 3. Anto. Gomez tom. 1. variar. c. 12 de legat. nu. 81. cũ ſeqq. Auend. par. 2. c. 29. num. 10. cum ſeqq. Mantica de coniectur. vltimar. volunt. lib. 10. c. 4. num. 2. cum ſeqq. Gutierrez de iuramen. confirm. par. 2. c. 6. nu. 5. Angul. de melioration. in. l. 13. glo. 3. nu. 11. Burſat. conſi. 32. nu. 43. lib. 1. Cephal. conſ. 565. lib. 4. Surd. conſ. 169. num. 5. lib. 2. Maſcard. concl. 395. Lo qual no obſta, porque procede en las declaraciones fechas en los teſtamentos, pero no en los contratos donde ſon validas y firmes las confeſsiones, y prueuan plenamente. l. generaliter, vbi Bart. & Bald. C. de non numerat. pecun. Afflict. deciſ. 168. Menoch. conſ. 39. n. 47. cum ſeqq. lib. 1. Maſcard. de probatio. concluſ. 360. nu. 1. cum ſeqq.

¶ Tambien hizo el Licenciado otra confeſsion y aprouacion deſtos gaſtos, y vinculo en ſu teſtamento, la qual fue poſt mortem parentis, & quando filius patre viuente approbat eius diſpoſitionem, & poſtea eo mortuo iterum approbat, vel agnoſcit relictum, non poteſt patris diſpoſitionem impugnare. l. ſi quando. 35. §. illud. C. de inoffic. teſtament. per argumentum à contrario ſenſu, ita reſoluit Guid. Pap. deciſ. 96. nu. 2. Peregrinus de fideicommiſsis, art. 36. nu. 95. vbi nu. 96. ſolam approbationem poſt mortem patris factam ſufficere affirmat, ex Ruino conſi. 56. nu. 9. vol. 2. Et quando filius approbat patris diſpoſitionem, eam impugnare non poteſt. l. Papinianus. 8. §. ſi conditioni. ff. de inoffic. teſtam. Bald. in c. 1. §. donare in prin. & in c. imperialem. de prohibita feudi aliena. per Federic. Iaſ. conſ. 57. nu. 3. verſ. quarto & vltimo, lib. 1. Iulius Clarus lib. 3. receptar. ſentent. §. teſtamentum. q. 43. num. 3. luego quando tuuiera algun grauamen la eſcritura que el Licenciado y ſu padre hizieron con ſu aprouacion, quedo firme. Demas de que

ex

ex duplici confessione,altera facta inter viuos,altera in testamento plena probatio proficiscitur.Mascard. con clus.359.nu.34.cum seqq.quia geminata confessio plenè probat.Bart.in.l.cum scimus.C.de agricol. & censitis.lib.11.Ruin.consi.128.nu.13.vol.2. estq; cōmunis opinio Mascard.conclu.347.nu.37.cum seqq. porque como vna confession in testamento facta semiplene probat.Auend.in.d.c.29.nu.15.assi dos prueuan plenamente,vt constat ex.DD.supra adductis.

¶Estando pues como esta la causa prouada, no se ha de considerar como donacion o legado hecho por el Licenciado, sino como contrato fecho con causa bastante:y assi no se puede tratar de que entre en la mejora,ni que reuocetur per superuenientiam filiorum,imo por solo auer causa, etiam donatio non reuocatur per filiorum superuenientiam. Vegius alios referens, consi. 52.nu.14.Tiraq.in.l.si vnquam.C. de reuocand. donation.vers.donatione largitus,nu.141. Y aqui fue causa tā bastante,como esta referido, el vincular esta heredad: y assi no se ha de medir por reglas de donacion ni legado,sino por contrato oneroso, vltro, citroque obligatorio,&ita cessat lo que de contrario se dize,& procedit dispositio.l.1.& ibi Bald. & alij. C. de pactis. Tiraq. vbi supra nu.139.

¶ Sed obstat,quod donatio inter patrem, & filium est prohibita.l. donationes quas parentes.C. de donation.inter vir. & vxo.l.3.tit.4.par.5.l.4.tit. 15.par.6. & ideo confessio à filio facta videtur esse suspecta ne fidē faciat.l.qui testamētum.27.ff.de probation.l. cum quis decedens.35. §. Titio.ff. de legat.3.l.si forte.8.ff.de castrensi peculio.l.3.tit.14.p.3.Rolan.consi.98. nu.35. lib. 1.Matien.in.l.12.tit.6.lib.5.Recop.glo. 2. nu. 4. Gutierrez lib.2.pract.q.29.nu.3.Tiber. Decian. consi.8. nu.1. vol.3.

¶ Quę obiectio diluitur.Primo, quia quamuis iure ciuili

ciuili esset prohibita donatio inter patrem & filium in potestate constitutum:facta tamen filio emancipato donatio erat irreuocabilis.l.2.l.vt liberis.17.C.de collatio: l.cum de bonis.11.C.de donatio. y aunque iure regio.l.17.de Toro parezca que estan equiparados el hijo emãcipado , y el familias , para que con los requisitos de aquella ley valeat donatio,y no interuiniendo sea inualida,pero procede la dicha ley en la donacion que el padre haze al hijo,y no en la que el hijo haze al padre,porque la dicha ley es correctoria del derecho comun,y assi se ha de restringir.l.quod vero contra.14 ff. de legib. l.si vero.65.§.de viro. ff. soluto mat. aunque se trate de correlatiuos,como son pater & filius. Petrus Gregorius in sinthagma.iur.lib.42.c.24.nu 12.p.3. Y la razon general es,que en todo lo que no se corrige expressamente, queda el derecho comun en su fuerça.l.sancimus.C.de testamen.l.præcipimus.C.de appella. y esto procede aũque aya ygual,o mayor razon en el caso omitido que en el expressado.glossa ver.excludũtur.& ibi DD.in auth. quas actiones.C.de sacrosanct.eccles. Bart. in.l. si constante.nu.39.ff.soluto matri.vbi Crotus 1. lectura.n.54. & 2.lectu.n.87.cum seqq.& ibi Ripa nu.61. Bellon.lib.4.supputationum.c.19.nu.8.& 9.Bursa.consi.76.nu.15. & 16.lib.1.y en este caso no estamos en materia prohibitiua,cum possit pater à filio emancipato percipere,vt modo diximus,&ita cessat dispositio.l. qui testamentũ 27.ff.de proba.y de la.l.cum quis decedens. §. Titio. ff. de legat.3.porque proceden en las personas prohibidas: nos vero ab hoc casu longe absumus.

¶ Lo segundo,porque aũque fuera prohibida de derecho la donacion de hijo mãcipado à padre,merita seu debita confessione probarentur,auiendo conjeturas,aũque sean leues:quanto mas auiendo presumpciones iuris,como en nuestro caso las ay , vt ostendimus. Salicet. in.l.si mater.n.1.C.de contrahenda emptio.Alciat.cõsi.

584.nu.5 Abb.in.c quamuis,nu.33. de re iudicata. Tiraq.in.l.si vnquam.C.de reuocan.donat.verb.donatione largitus,nu.101.eleganter. Alciatus conf.584.num.5. Gratus respon.7.nu.34.cum seqq.lib.2. Guid.Pancirola conf.3.nu.9. Menoch.lib.3.præsump.29.nu.31. Lo qual es en tanto verdad, vt confessio si sit verosimilis, tertio damnum inferat.authen.hoc ius porrectum.C.de sacrosanct.eccles. Tiraq.in.l.si vnquam,verb.donatione largitus.nu.101. Surdus conf.290.nu.47.vol.2.

¶ Lo tercero,porq̃ don Pedro tiene prouado como Pero Muñoz hizo muchos gastos con el Licenciado en los estudios,y dizen los testigos que serian de quinientos ducados en cada vn año,y de muchos años,y aũque no este esto tan liquidado,de manera que se pueda ajustar lo que deuia el Licenciado por esta razon, no es este de los casos que requieren concluyẽte prouança,auiẽdo como ay escritura en que el Licenciado confesso la deuda,y que era mayor que la paga que el hazia con la dicha heredad vinculandola, y consintiendo que quedasse por del vinculo instituydo por su padre, y auiendo esta prouança,que es muy bastante,vt superius ostendimus,non est locus disceptationi.

¶ Pero para mayor satisfacion,y que quede este punto del todo entendido,se pone el caso en los mas fuertes terminos que se puede poner,suponiendo que el Licenciado no pudiesse confessar en fauor de su padre, y que ansi como confession hecha entre personas prohibidas non valeat confessio in scriptura facta: porque aunque esto fuera ansi mediantes las prouanças que dõ Pedro tiene,aunque no fueran concluyentes, dicendũ est ex confessione, & huiusmodi probatione plenam & veram probationem profiscisci.

¶ Cuius rei ratio est: quia quamuis sola confessio inter personas prohibitas non inducat probationem.l.qui testamentum.27.ff.de probationibus,id tamen nõ procedit,

cedit, quando confesſioni adſiſtant coniecturæ: tunc enim confesſio coniecturis ſuffulta plenè probat Tiraq. in.l.ſi vnquam, verbo, donatione largitus. nu.100.cum ſeqq.C.de reuocand.donationib.Roland.conſ. 90. nu. 13.cum ſeqq.vol.2.Berreta conſ. 139.nu.4.5.& 10. Y ſi ſolas conjeturas baſtan, vt cõfesſioni inter perſonas prohibitas emiſſæ deferatur, multo magis probationibus etiam non cõcludentibus credendum eſt, & ideo in ſpecie ex pluribus, quos ibi refert eleganter concludit Alciatus conſi.584.nu.5. Quod etſi in materia prohibita verſemur ſtari tamen debet confesſioni paternæ, licet non adſint concludentes probationes.

¶ Quæ concluſio non tantum locum obtinet, quando confesſio probationibus non concludentibus, aut coniecturis innititur, ſed etiam quando confesſio patris veriſimilis eſt. Tunc enim nõ præſumitur facta in fraudem legis: & ex veriſimili cõfesſione præſumptio fraudis eliditur, & plena inde emanat probatio. Salicet. in.l. ſi mater.nu.1.C.de contrahenda empt.& probat tex.ibi ſi bene perpendatur Angel.conſ.341.pater emit domũ. Alex.conſ.18.nu.4.lib.3.Decius conſ.96.nu.3.verſi. nec obſtat quod talis confesſio, lib.1. Crraueta de antiquitate temporum, par.1.ſectione propoſitũ.n.69. & 70. Ruin. conſ.96.nu.2.lib.5.Pancirola conſ.3.nu.9.

¶ Y no ſolo en eſte caſo concurre la prouança que eſta referida, pero muy gran veriſimilitud de que el Licenciado era deudor de ſu padre de todo lo que confeſſo por la eſcritura: porque el eſtado que entonces tenia daua à entender que ſu padre auia hecho todos los gaſtos que el confeſſo, pues era Oydor y auia eſtudiado, y neceſſariamente auia de auer gaſtado mucho, y es muy veriſimil, que harian los gaſtos que ſe refieren en la eſcritura, y que fueron de la hazienda de ſu padre, y anſi ſe preſume; nam pater pręſumitur de proprio facere expenſas pro filio.l.quæ pater filio.51.ff.familiæ erciſcundæ, &

dæ, & expensæ ab eo factæ præsumuntur, qui facere te netur.l.vltima.C.de alimentis pupillo præstandis.Bar. in.l.cum seruus.nu.4.ff.de verbor.oblig. & inde oritur probatio per rei euidentiam.d.l.fin.Mascard.de probationibus, vol.2.conclusione.716.

¶ Auiendo pues verisimilitud,confessio tertio damnum infert.authen.hoc ius porrectum.C.de sacrosan. ecclesijs.Tiraq.in.l.si vnquam.C.de reuocandis donationibus,verbo,donatione largitus.nu.101. Surdus cons. 290.nu.47.vol.2.& ita confessio patris iuncta cum verisimili coniectura plenam facit fidem. Alciatus consi. 584.nu.5.Menoch.lib.3.præsumptione.29.nu. 31. cum cæteris supra adductis:estq; notabilis doctrina Panormitani in cap.quamuis.25.nu.33.de re iudicata, vbi subijcit quæstionem an confessio patris noceat filio, & subdit in ea disceptatione considerandam esse qualitatem personæ, & verisimilitudinem debiti, & tractatum filij, para presumir, o no presumir fraude: y consideradas estas cosas en este caso, y que la verisimilitud assiste por la confession, vt diximus, dicendum est ex confessione verisimili coniectura innixa plenam nasci probationem.

Y esta materia de la disposicion que el padre tiene de sus bienes en su vida no se ha de entender tan estrechamente, que no le quede libre disposicion, cui liberum est cessante fraude, quæ non pręsumitur bona alienare & de eis libere disponere.l.2.ff.si à parente quis fuerit manumissus, ibi: *Quia iniquum est ingenuis hominibus nõ esse liberam rerum suarum alienationem*.l. Papinianus.8. §.quarta.ff.de inofficioso testam.ibi: *Quarta autem accipietur deducto ære alieno*: y ansi como quiera que no aya fraude, el padre tiene libre disposiciõ, y los hijos no tienen derecho alguno contra la disposicion del padre: nam ratione legitimę filijs post mortem patris debitæ in vita pater citra fraudem disponere non prohibetur. Bald.in.l.1.nu.14.C.de inofficiosis donationibus. Roma

nus singul.616.Ias.num.1.&.2.in.§.Item si quis in fraud. instit. de action. Segura in.l.3.§.fin.nu.129.ff. de liber. & posthum.Palatios Rubios in cap.per vestras.de dona. inter virum & vxor. in prin.§.17.nu.13. &.14. Xuarez in.l.quoniam in prioribus. ampliat.16. nu.9. Molinæus in consuet.Paris.tit.1.§.8.nu.20.Couar.in cap.Raynuntius.de testam.§.10.nu.9.Pinel.in.l.1.C.de bon. matern. 3.p.nu.76. Paulus de Montepico in.l. post contractum. nu.13.ad fin. & num.15. ff. de donat. dicit communem Rubeus in.l.Titia Seyo.§.Imperator.nu.30. cum seqq. ff.de legat.2.dicit etiam magis communem Iulius Clar. lib.4.§. donatio.q.24.num.5. Guido Pancirola cons.3. nu.5.&.13.Y aun solo se aduierte,que no participe de la fraude el comprador o persona en quien se haze la enagenacion,vt resoluunt supradicti DD.

¶ Conformandose pues la presuncion que nace de la verisimilitud,cõ la disposicion del derecho que permite al padre la libre disposicion, haze mas fuerte conjectura,que la que se funda en fraude:quia confessio facta est inter personas prohibitas:validior enim presumptio debiliorem perimit.l. Diuus.8.ff.de inintegrum restit. vbi glos. verbo, existimari.l.non solum.ff. de ritu nupt. Bald.in rubr.de præsumpt.nu.32. y por esto los doctores:quorũ supra meminimus,resoluieron q̃ concurriendo verisimilitud cõ la cõfession del padre,se infiere della prouança bastãte,& eliditur fraudis præsumptio: firmior enim & potentior est presumptio, quæ actũ valere & consistere facit Decius in.l.in testamento.nu.12. C.de testam.milit.Menoch.de arbitr.lib.2.cent.15.casu. 472.nu.2.vbi innumeris sequentibus, latè agit quando ex duabus præsumptionibus vna alteri præferatur. De manera q̃ estãdo en solos terminos de presuncion, q̃ nace de la verisimilitud haze valida la cõfession,y se prefiere a la presuncion de fraude: luego cõ mucha mas razõ en este caso se ha de dezir q̃ vale la confession,pues con-

D curre

curre con ella no solo verisimilitud, sino muy grande prouança, que se ha de tener por tal en hecho tan antiguo, y donde se trata de prouar gastos, cuya prouança es dificultosa, y se induze por conjecturas. l. ius alimentorum. ff. vbi pupillus educari debeat. Mascard. de probationibus. vol. 2. 715. nu. 2. vbi nu. 5. subijcit, quòd probantur expensæ ex probatione quæ haberi potest.

Segundo agrauio de la heredad de Singla.

ESTA Heredad se adjudicò a don Pedro en tres mil ducados, no valiendo al tiempo de la adjudicacion mas de. 206 U 250. marauedis: y assi se le cargaron en ella, demas de su justo valor. 918 U 750. marauedis. Y este agrauio consiste en prueua, y esta prouado concluyentemente, ex sequentibus.

Lo primero, esta heredad se compro en. 11. de Abril de. 68. por precio de. 206 U 250. marauedis, con cargo de. 21 U. marauedis de censo perpetuo: y en ocho de Março de. 70. se le cargò a don Pedro en. 3 U. ducados, sin auerse hecho en ella mejora alguna. Demanera que en menos de dos años estando en el mismo ser la heredad, se cagò en tan excessiua cantidad, siedo la presuncion del derecho, que valor rei non præsumitur mutatus, no auiendo passado diez años. Cinus in authent. sed quanuis. nu. 7. vers. vltimo quæritur. C. de rei vxor. act. & alij quos refert & sequitur Alexan. in. l. lege falcidia. hoc esse obseruandum. §. 1. nu. 3. ff. ad. l. Falcid. de suerte que dentro de diez años no se presume variacion en el precio.

Y el precio se prueua por las escrituras de vēta: nam æstimatio rei immobilis probatur per instrumentum longo ante tempore factum. Bald. in. l. vnica. nu. 64. C. de sent. quæ pro eo quod interest. Aretin. in. c. cum causam. col. 4. de testib. Ias. consil. 54. in præsenti casu, post

nu. 4.

nu.4.verſ.ſecundo & fortius.Idem dicunt Gloſ.& Bar. in.l.2.nu.19.C.de reſcind.vend.Burſa.conſ.99.n.4.lib. 1.Cephal.conſ.261.nu.16.lib.2.

Conforme a lo qual en tan poco tiempo no auiendo paſſado diez años, rei valor non præſumitur mutatus, & ideo Bal.in.l.vnica.C.de ſenten.quę pro eo quod intereſt.nu.64.ita inquit: *Quæro nunquid per inſtrumenta veterum venditionum & emptionum probetur præſens rei valor? Reſpondeo, ſi illa inſtrumenta ſunt de proximo, non præſumo valorem mutatum, ſed ſi de longo tempore, tunc præſumo valorem rei mutatum eſſe.* Et longum tempus dicitur eſſe decem annorum.l.ſi cum fideicommiſſa.16.§. Ariſto.ff.qui & à quibus.idem dixit Salicet.in.l.2.C.de reſcind.vend.nu.25.verſ.ego fateor.ad fin.optimè Natta.conſ.353.nu.2.& 3.lib. 2.pag.208. Y no auiendo paſſado ni aun dos años deſde la venta à la adjudicacion, no ſe puede preſumir variacion de precio, no auiendo cauſa extrinſeca que pueda obrar la dicha variacion, vt per Natta.d.conſ.353. nu.2.lib.2. Y los dichos don Alonſo Muñoz y ſu hermana no hã prouado que aya auido cauſa extrinſeca en aquellos dos años que pueda cauſar la dicha variedad, mayormẽte in rebus immobilibus, el precio de las quales comunmente en tan poco tiempo non recipit variationem. Alex.in.l.pretia rerum.num.10.ad fin.verſ.puto quod illud.ff.ad leg.falcid.

Lo ſegundo ſe prueua la dicha leſion, y menos valor de la dicha heredad por la rẽta de cada vn año, rei enim immobilis ęſtimatio ſe regula por los reditos.l.ſi quos.16. C.de reſcin.vendi.ibi: *Redditum quantitas æſtimetur.* l.ſi fundum.94.ff.de lega.1.l.ſi fundus.13.ff.de rebus eorum.§.quod autem.in fin.in auth.de non alien.aut permu.rebus eccleſię.Pinel.in.l.2.C.de reſc.vend.p.3.c.4. nu.28.& 29.Redoan.de reb.eccleſię alienan.vel non. Rubr.19.nu.107.tom.15.tract.p.2.fol.425.Ioa.Baptiſt. Lopez de vſuris in.l.2.C.de pactis inter emptor.& vẽditor.

ditor. §.5.num.1.tom.7.tractat. fol.132. Tiber.Decian. respon.2.nu.174.vol.1.fol.75.Matien.in.l.1. tit. 11. lib.5. Recop.glo.2.nu.14. Y la estimacion justa de la cosa raiz en propiedad, es la que procede de los reditos de veinte años: iustum enim pretium est, quantum viginti annorum fructus deductis expensis confecerit. auth. de nõ alien. aut permut. reb. eccles. §. quia vero. vers. si vero ali cuius, & ibi glo. ver. computari. glo. & DD. in auth. perpetua. C. de sacrosanct. eccles. receptum asserebat Bertran. consi.318.nu.2. Tiraq. in lib.1. de retract. §.1. glo. 9. nu.19. Coua. lib.3. var. c.9.n.5. Pinel. in.l.2.C. de rescind. vend. p.3. c. vlt. nu.29. Bursat. cons.99.nu.10. Ioan. Bapt. Lop. de vsur. §.5.nu.2. Y aunque conforme a esto se podria dezir de contrario que esta heredad esta aueriguado que renta.42U. marauedis, y que hecha estimacion a razon de a veynte, sera su valor mas de ochocietas mil marauedis. Se responde que tiene.21U. marauedis de censo perpetuo, los quales comunmente se tassan a mas de treynta, siendo como son de censo perpetuo, que se han de pagar en cada vn año, aunque no se arriende, ni rente cosa alguna la dicha heredad, porque no ay esterilidad que pueda quitar la paga dellos, vt expendit glo. in auth. perpetua. & ibi omnes. C. de sacros. eccles. y por esto se haze la tassacion del censo perpetuo a.30. y de ay arriba, y al dicho precio valen seyscientas y treinta mil marauedis, los dichos.21U. marauedis, que quitadas como carga del dicho valor, iuxta. l. si res.60. ff. de lega.1. l. fundi Trebatiani. ff. de vsufr. lega. l. subsignatum. §. bona. ff. de verb. sign. l.11. tit.9 p.6. Queda que el justo precio de la dicha heredad fue de.200U. marauedis, poco mas, o menos. Y quando se quiera tratar de la estimaciõ que resulta de la renta que le queda al dicho don Pedro, se ha de aduertir, que teniendo, como tiene, sobre la dicha heredad censo perpetuo, no tiene la propiedad della, sino solo el vtil dominio. l.1. ff. ager. vectig. vel emphi.

petat.

petat. DD. latè in l. 1. & 2. C. de iure emphit. Y asi la estimacion de a razon de a veynte de los reditos que quedan al dicho don Pedro, no se puede hazer en este caso, quia minuitur pretium ex eo quòd res sit emphiteutica. Cagnolus in l. 2. nu. 243. C. de rescind. vend. post alios Ioan. Bapt. Lopez de vsuris. d. §. 5. nu. 20. tom. 7. tracta. fol. 133. Y esto se confirma, porque con el censo perpetuo ha de auer pacto de commisso, y de veintena, y de poder tomar por el tanto: quæ pacta rei valorem minuunt. l. fundi partem. ff. de contrah. emptio. l. quod sæpè. §. fin. & ibi DD. eod. tit. quod omnes nemine dempto verum testantur, plures in id congerunt Pinelus in d. l. 2. C. de rescind. vend. p. 3. c. fin. nu. 19. Aluar. Valasc. consult. 43. nu. 5. Ioan. Bapt. Lopez de vsur. d. §. 5. nu. 13. De que resulta que conforme a los reditos de la dicha heredad, y carga de censo perpetuo, y condiciones que tiene, su justo precio es hasta. 200 U. marauedis: y todo lo que se cargò mas que esto, fue en notoria lesion del dicho don Pedro.

Lo tercero, quando todo lo dicho cessara, tiene prouado el dicho don Pedro con muchos testigos, personas de credito, e inteligentes, q̃ la dicha heredad en su justa y comun estimacion al tiempo de la adjudicacion no valia mas que. 206 U 225. marauedis, con la carga del cẽso perpetuo: y esta es prouança concluyente. l. pretia rerũ. ff. ad l. Falcid. l. si cui fundus. ff. de leg. 2. DD. omnes in l. 2. C. de resc. vend. vbi Pinel. d. p. 3. cap. vlt. nu. 17. Valasc. d. consult. 43. nu. 1. Ioan. Baptista Lopez de vsuris. d. §. 5. nu. 6. Mascard. de proba. concl. 1226. nu. 15. Y en duda videntur testes se retulisse ad communẽ æstimationem, iuxta communem DD. opinionem, de qua per Gomez tom. 2. var. cap. 2. nu. 25. Cremens. in d. l. 2. C. de rescind. vend. nu. 318. Mascard. de proba. concl. 656. nu. 41. cum seqq. y es cierta la dicha opinion quãdo los testigos que deponen son inteligentes de lo que se trata, como son

en este caso labradores: quo casu, etiam si de communi opinione non attestarentur, hizieran plena fee. l. mortis causa capimus. §. fin. ff. de donat. caus. mort. alios referens Mascard. d. concl. 656. nu. 44. cum. seqq. Y siendo inteligentes, y auiendo depuesto de la comun estimacion, es mas llano estar prouada la dicha lesion.

Los dichos Licenciado don Alonso Muñoz, y su hermana, hizieron prouança, de que la dicha heredad valia. 3 ij. ducados al tiempo de la adjudicacion: y para razon deste valor, dizen que ay en la dicha heredad vn molino, y quinientas fanegas de sembradura: y consta, y no se niega que no ay molino en la dicha heredad, ni tiene la mitad de la tierra que los testigos dizen, y assi la prouança no es de consideracion. Porque auiendo los testigos de deponer del valor de lo que la heredad es, y no añadiendola: porque añadiendola, en nada concluyen, & ita non releuant. l. neq; natales. C. de prob. l. non hoc. C. vnde cognati. Y aun se puede afirmar, que los dichos testigos son falsos, pues afirmã que tiene molino, y quinientas fanegas de tierra la dicha heredad, y no tiene lo vno ni lo otro: y siendo falsos en esto, lo son en todo. cap. pura. 3. q. 9. Innocen. in cap. fraternitatis. de hæretic. & in cap. in nostra. vbi glos. & omnes. de testib. Ruin. cons. 15. nu. 5. vol. 5. Grauet. cons. 182. nu. 16. Y assi la dicha prouança se ha de auer como sino se huuiera hecho.

Quando por parte de los dichos don Alonso, y doña Catalina huuiera prouança de tantos testigos, como la del dicho don Pedro, y que simplemente depusieran del dicho valor de. 3 ij. ducados, sin añadir molino, ni tierra, se auian, y han de preferir los del dicho don Pedro Muñoz, porque deponen en conformidad de las dichas escrituras, y de la presuncion del derecho comũ: quo habetur, quòd valor rei non præsumitur mutatus, vt supra diximus. Et testes, qui deponunt conforme al

dere-

derecho comun se prefieren a los que deponen contra la presuncion del, aunque sean mas en numero. l. ob carmen. §. si testes. ff. de testibus, ibi: *Sed quod naturæ negotij conuenit:* & inferius: *Quæ & rei aptiora, vt vero proximiora esse compererit.* Ias. in consi. 163. nu. 9. lib. 1. Gabriel, lib. 1. tit. de testib. concl. 4. nu. 23. Rolan. consi. 11. nu. 72. & 73. vol. 3. Mascar. de proba. conc. 1375. & 1404.

La dicha doña Catalina reconociendo el verdadero precio desta heredad, que es el referido, la dio al dicho don Pedro en 784. ducados haziendo cuenta de lo que rentaua, quitando los 21. mil marauedis de censo perpetuo. Y aunque le agrauio en no quitar mas que rēta por renta, auiendo de quitar conforme a las consideraciones, de quibus supra: pero con todo esso esta escritura da bien à entender, que reconocio el agrauio que auia hecho en adjudicar al dicho don Pedro en la particion la dicha heredad en 3. mil ducados. Y no ay duda sino que la dicha doña Catalina dio la propiedad, porque assi lo expressa la escritura, y la tassa que hizo de la renta a razon de catorze, la qual no es tassa de vsufructo, sino de propriedad: & ex pretio deprehenditur, an venditum, an ex alio contractu traditum dicatur. glo. ver. agendo in l. 1. ff. de superficie. glo. ver. firmis in l. si ex falsis. C. de transaction. l. 2. tit. 33. p. 7. Brixian. fin. reg. c. 88. nu. 7. & 8. Stracha de assecurat. glo. 12. nu. 5. Menoch. consi. 34. nu. 6. vol. 1. Y la cantidad del precio da à entēder que fue la propiedad, y no el vsufructo el que se estimò: pretij enim quantitas declarat, quid in venditione contineat. Bar. in l. semper in stipulationibus, vbi Dec. nu. 6. ff. de reg. iur. Menoch. consi. 34. n. 6. vol. 1. Y el tenor de la escritura lo dize tan llanamente, vt nullis opus sit coniecturis.

Conforme a esto en la adjudicacion de la dicha heredad huuo lesion, no solo vltra dimidiam, sed etiam enormissima, y aun muchas enormissimas lesiones, pues pas-

sa

sa del tres, y aun del quatrotanto del valor el excesso de la tassacion de la dicha heredad, & quamuis quæ sit lęsio enormissima iudicis arbitrio relinquitur ex magis communi opinione, quam resoluit multos referens Bursat. cons. 27. nu. 18. & cons. 75. nu. 5. post medium. volu. 1. tamen con solo exceder la lesion en mucha cantidad vltra dimidiam, se dize enormissima. Couar. lib. 2. variarum. c. 4. nu. 5. Matien. gl. 8. nu. 48. in. l. 1. tit. 11. lib. 5. Recopil. y como esta se equipara al dolo, maxime hoc casu l. si superstite. C. de dolo. dura hasta treinta años. Matienço vbi supra nu. 49. es llano este agrauio, y vno delos de mas importancia deste pleyto.

Tercero agrauio, que estando mejorado don Pedro por sus padres en tercio y remanente de quinto, las donaciones que despues se hizieron, no han de disminuyr el quinto.

LA Mejora que los señores Licéciado Alóso Muñoz, y doña Catalina hizieron a don Pedro su hijo, fue del tercio y remanente del quinto por modo irreuocable, porque huuo juramento, y entrego de escritura, y clausula de constituto. l. 17. Tauri. l. 1. tit. 6. lib. 5. Recop. vbi DD. Y mi señora doña Catalina hizo despues donaciones a los demas sus hijos, los quales pretenden que se han de sacar del quinto, porque dizen q̃ quedo reuocable en quanto al quinto, porque la ley. 17. de Toro trata del tercio, y no del quinto.

Para excluyr esta pretension, se hazen dos consideraciones. La primera, que la mejora del tercio y quinto es irreuocable, de manera que ni quãto al quinto se puede reuocar. La segunda, que las palabras remanente del quinto, importan lo mismo que el quinto.

¶ Prior

¶ Prior consideratio.

LA Donacion que mi señora doña Catalina hizo a don Alonso su hijo en veynte y dos de Hebrero de 1593. no fue por via de mejora, ni para que saliesse del quinto, sino para cuẽta de su legitima paterna, como parece por la misma escritura que esta en la p.5. fol.383. ad fin. y al principio de la hoja siguiente, ibi: *La qual dicha donacion os hago por las razones de suso referidas, y para quenta y parte de la legitima que del dicho Licenciado Alonso Muñoz mi marido teneis, &c.* De manera que esta donacion no pudo disminuyr el quinto, porque fue por cuenta de la legitima.

Respeto de las otras donaciones, sobre las quales viene la duda: dicendum est, que la mejora de tercio y quinto hecha por modo irreuocable, como esta se hizo igualmente queda irreuocable ansi en quãto al tercio, como en quanto al quinto, quod probat l.22. Tauri, quæ est l.1 6. tit.6. lib.5. Recop. iuncta l.17. Tauri l.1. d. tit.6.

Esta opinion es la mas recebida por los autores del Reyno: cum enim sit melioratio tertij, & quinti, siue ex causa onerosa, siue ex causa lucratiua: dum tamen modo irreuocabili fiat, non solum quoad tertium, sed neque quoad quintum reuocari potest. Palatios Rubios in l.17. Tauri nu.7. & 8. vbi Cifuentes nu.4. Castillo n.39. verbo *La possession*, versi. qua propter idem Cifuentes in l. 26. Tauri nu.3. Peralta in l. qui testamento. nu.20. ff. de legatis.2. Aluarado de coniecturata mente defuncti lib. 3. c.2. nu.54. ad fin. vers. Prima tamen melioratio, folio. 136. Baeça de non meliorandis ratione dotis filiabus c. 1. nu.28. Mieres de maioratu 1. p. q.28. nu.2. cum sequentibus. Angulo de meliorationibus l.1. glo.2. per totam. Velazquez de Auendaño in d. l.17. Tauri, gl.3. per totã. Azeuedo in l.1. tit.6. lib.5. Recopil. nu.18. Y estos dos autores vltimos, que son Velazquez, y Azeuedo, restringẽ

la cõclusion,nempè vt melioratio sit reuocabilis quoad quintum pro funeris impensa, & alijs exonerationem conscientiæ respicientibus,con que excluyen la razon de los que tienen la contraria opinion,diziendo,que al padre no le quedaria de que testar, sino pudiesse reuocar la mejora en quãto al quinto,idem sensit Xuar.in.l. quoniam in prioribus in declaratione.l.regiæ.q.9.n.27.

Admitiendo pues esta restricion,ay onze autores por esta parte,y sin la restriction ay ocho,y por la contraria opinion ay solos cinco autores,que son Gomez in.l.17. Tauri.nu.10.Greg.glo.1.ad finem in.l.3.tit.4.p.5.Ayora de partitionibus.2.p.q.14.Matientius in.l.1.tit.6.lib.5. Recop.glo.4.nu.20.Gutierrez,lib.2.practicarum,quæstione.50.De manera que en numero de autores tiene la parte que defendemos seys mas que la contraria.

Aunque esta resoluciõ tuuiera dificultad, en nuestro caso no la ay:porque el motiuo de los autores que tuuieron la contraria opinion,fue que la ley.17.de tertio tantum agit,& ad quintum trahenda non est, considerando,que es corretoria del derecho comun: quo iure pater non poterat filio in potestate constituto donare.l.donationes quas parentes.C.de donationibus inter virum & vxorem.l.si donatione.C.de collationibus, quæ ratio prorsus cessat in matre,quæ cum filios non habeat in potestate,iure communi filijs donare non prohibetur.l. velles,necne.C.de reuocandis donationibus. Cuius legis dispositio hodie viget:nam quoad quintum ius commune incorrectumm ansit,vt in specie.d.l.17.Tauri,resoluit Greg.glo.1.in fine in.l.3.tit.4.p.5.

Quare donatio facta à matre filiis vel descendentibus,& si non fiat ex causa onerosa, neque subsequatur traditio,deficiantque ea omnia, quæ iure regio donationem irreuocabilem cõstituunt, reuocari quidem nõ poterit,vt in specie resoluunt Tellus in.l. 17. Tauri.nu. 11.& 12.Molina,lib.1.c.12.nu.19.idẽq; sensit Greg. gl.1.

ad

ad fin.d.l.3.tit.4.p.5. quem ita explicat Angulo de melioration.in.l.1.num.3.Ansi que respeto de la madre no puede auer duda,de que la donacion quede irreuocable en quanto al quinto, pues lo resueluen assi tan graues autores:y la controuersia y encuentro de los Doctores, quorum superius meminimus, solo es respeto del padre,qui habet filios in potestate,pero no respeto de la madre:y como en nuestro caso se trata solo de ver si la madre pudo disminuir el quinto en que mejorò a don Pedro por modo irreuocable, por las donaciones que hizo a los otros sus hijos, extra omnem controuersiam versamur: porque la madre no le puede disminuir el quinto al mejorado, vt diximus.

¶ Quod & fulcitur, quia cùm melioratio iure maioratus facta fuerit por entrega de escritura, otra dicion de possesion fit irreuocabilis, etiam quoad quintum ex generalitate.l.44.Tauri.l.4.tit.7.lib.5.recop. Molina lib.1.cap.12.nu.19.Mieres de maioratu.p.1.q.28.num.2. Gutierrez lib.3.practicarum.quæst.63.in princ.& lib.2. quæst.52.num.3. Velazquez de Auenda.in.l.17.Tauri. glos,3. y aqui interuino entrega de escritura, y clausula de constituto, que obra lo mismo que la tradicion de possesion.glossa.in.l.2.C.de dote cauta non numera. Bald.in.l.2.de inoffic.donat.Et ideo constitutum irreuocabilem efficit donationem.Tellius in.l.17.Tauri.num. 17.20.&.21. Molina lib.4.cap.2.nu.4.&.7. Angulo de melioration.l.1.glos.5.nu.2.cum seqq.

¶ Non obstat, quod donatio omnium bonorum, præsentium & futurorum sit prohibita.DD.in.l.stipulatio hoc modo concepta.61.ff.de verbor.oblig. & in.l. fin.C.de pactis.

Primò,quia donatio quinti,non est donatio omnium bonorum: nam remanet bona in quibus hæredes instituí possunt,como son las legitimas que se dexan a los hijos iure institutionis:y basta que el padre y la madre

hagan

hagan testamento, e instituyan a sus hijos en las legitimas.

¶ Para cuya comprobacion se ha de aduertir, que la prohibicion de la donacion de todos los bienes presentes y futuros, se funda en la razon que dio Bart. in. d. l. stipulatio hoc modo concepta. num. 5. ad medium. ibi: *Quia aufert liberam testandi facultatem per indirectum, quia nullus vellet esse hæres sine commodo.* Vbi Romanus nu. 36. Angel. nu. 4. Cuman. num. 5. Paul. num. 3. Imola nu. 6. Ias. nu. 13. & alij, y como quedan las legitimas en que los hijos se han de instituir por herederos: quoniam legitima titulo institutionis relinquitur. §. aliud quoq; capitulum, in authẽtico vt cum de appellatione cognoscitur. l. 5. tit. 8. p. 6. & iure Regio, quoquo titulo relinqui potest. l. 7. tit. 4. lib. 5. recopil. facta melioratione tertij & quinti, modo irreuocabili non dicitur facta donatio omnium bonorum, quia per indirectum non tollitur libera testandi facultas, adestq; filiorum hæredum commodum, qui legitimas titulo institutionis possunt percipere. Ita resoluit in specie Angulo de meliorationibus. in. l. 1. glos. 2. nu. 2.

¶ Y no obstaria dezir, que es necessario dexarles las legitimas a los hijos, y que el padre no parece que les da nada, ni el tiene libre disposicion en las legitimas. Nam sat est, quòd pater sit dominus bonorum tempore testamenti, & quòd de eis posit testari, quamuis necessariò debeat filijs legitimas relinquere, ex glossa verbo diuidere. in authen. si qua mulier. C. de sacros. eccles. Rom. nu. 37. Angel. nu. 4. Alexan. nu. 16. Ias. nu. 13. in. d. l. stipulatio hoc modo concepta. ff. de verb. oblig. qui alios referunt, & affirmãt, valere donationem omnium bonorum præsentium & futurorum: quando ratione futurorum non adijcitur clausula constituti, vel precarij: tunc enim cùm quærendorum dominium penes donatorem maneat, licet bona sint donatario restituenda

donatio

donatio valet:quia non impeditur teſtandi facultas. In ſpecie reſoluit Angulo de meliorationib.in.d.l.1.gloſ.2. y eſte es mas fuerte caſo que el nueſtro: porque ſi baſta tener el dominio de los bienes que ſe adquierẽ deſpues de la donacion, aunque ſe han de reſtituir al donatario, con mucha mas razon baſta que el padre tenga el dominio de las legitimas tempore teſtamenti, & tempore mortis, y que tenga otros herederos en ellas demas del donatario, y no ay dificultad en que los hijos no quieran ſer herederos, por dezir que no hã de lleuar commodo, pues que lleuan el de las legitimas, & ita ceſſat ratio Bartoli, & aliorum: qui ideò prohibitam eſſe huiuſmodi donationem contendunt, quia ſine commodo nullus exiſteret hæres. Cùm igitur adſit commodum, quod hæredes in adeunda hæreditate ſibi percipere valeant, dicendum eſt eam rationem ceſſare, & ita tertij & quinti non eſſe exiſtimandã omnium bonorũ donationem.

¶ Secundò diluitur ea obiectio, quia cùm pro anima, & funeris impenſa pater poſsit ex quinto diſponere, vt affimant Doctores ſuperius adducti, no ay duda ſino que quedando al padre de q̃ diſponer, ea ratione irreuocabilis manet donatio, vt oſtendimus.

¶ Tertiò, porque interuino juramento en la eſcritura de mejora, quo intercedente valet omnium bonorum donatio ex communi opinione. Duegas regul.219. nu.2. Ioſeph. Gonçalez variarum quæſt.c.30.num.58. y aunque ay otra comun en contrario. Gutier. de iuramento confirmat.1.p.c.11.nu.12. pero ſalimos deſte encuentro de opiniones: nam, vt diximus in hoc caſu, non interceſsit omnium bonorum donatio, & ita iuramentum robur obtinuit.c.1.& per totum.de iur.iurando.

¶ Siendo pues la mejora hecha en fauor de D.Pedro, no ſolo quanto al tercio, ſino tambien quanto al quinto irreuocable, no valieron las donaciones que ſu madre hizo a los otros ſus hijos en diminucion del quinto.

PResupuesto que la mejora de tercio y quinto, hecha por modo irreuocable a vno de los hijos, no se puede disminuyr, ni en quanto al quinto por las donaciones hechas despues a los otros hijos, vt ostendimus in priori consideratione: solo restara en esta examinar, si auiendose hecho la mejora del tercio, y remanente del quinto, sera lo mismo que si se hiziera de tercio y quinto: y si por la palabra *remanente* le quedo libertad a mi señora doña Catalina, para poder hazer donaciones dentro del quinto.

Aunque los Doctores del Reyno indistintamẽte han vsado de las palabras *tercio,* y quinto, o tercio, y remanẽte del quinto, dando el mismo sentido a las vnas y otras palabras. Xuarez in.l. quoniam in prioribus, in declaratione legis regiæ. q. 9. nu. 4. & 6. Ayora de partition. p. 2. q. 26. &. p. 3. q. 23. Angulo de meliorationibus. l. 13. glo. 1. n. 11. solo Peralta toco la question en terminos, in. l. qui testamento. nu. 20. ff. de legatis. 2. pag. 481. ibi. *Attento ꝙ hodie secundum legem Tauri valet in vim meliorationis saltem secundum quid, eo scilicet respectu & ad eum finem, vt alius filiorum non possit per patrẽ meliorari in eo in quo primus fuit melioratus: vel etiam in nihilo si primus fuit melioratus in tertio & residuo, &c.*

Y este autor no tiene contraditor, porque no ay quiẽ tenga lo cõtrario, ni aya tocado la question en estos terminos, y pues se halla decidida por autor del Reyno de tanta opinion como Peralta, eius auctoritati deferendũ existimamus.

Y porque no parezca que solo nos valemos de su autoridad, disceptandum erit an prædicta conclusio vera sit, & iuri consentanea, y la resolucion pende del entendimiento de la pala bra *remanente.*

In quo obijciunt aduersarij verbum residuum ad id

tantum.

tantum, quod superest, referẽdum.l.1.C.finium regundorum.l.si quidem.24.C.de transactionibus, vbi Bald. num.4.idem Bald.in.l.fin.§.1.C.de vsuris rei iudicatæ. Alex.consi.216.nu.4.vol.7.

Quæ difficultas diluitur primo, quia ex eadem scriptura meliorationis verbum remaniente explicatur, vt totum quintum contineat, porque aunque en el principio se hizo mencion del tercio y remanente del quinto, despues se repitieron muchas vezes las palabras tercio y quinto, significando por ellas, que aunque se dixo en el principio remanente de quinto, se ha de entender que viene el quinto debaxo de aquellas palabras: y que se repitiessen muchas vezes las palabras tercio y quinto, cõsta de la misma escritura.p.5.fo. 82.ibi: *Que no suceda en la dicha nuestra mejora de tercio y quinto*, & ibi: *Pueda suceder y suceda en la dicha mejora de tercio y quinto*, & fo. 84.ibi. *Queremos que valga como si del dicho tercio y quinto les huuiessemos hecho muchas donaciones*, &c. Et nulla est melior expositio, quam quæ ex verbis disponentis proficiscitur.l.hæredes palam.21.§.sed si notam.ff.de testam.l.qui non militabat.78.§.Lucius.ff.de hæred.inst.

Estando pues la palabra quinto despues de la palabra remanente, se ha de entender que en el quinto fue mejorado don Pedro, ex.l.qui vsumfructum.58.ff. de verborum obligat.ibi, *Qui vsumfructum fundi stipulatur deinde fundum similis est ei, qui partem fundi stipulatur, deinde fundum totum, quia fundus dari non intelligitur si vsusfructus detrahatur*: tunc enim totus fundus dari debet, cum quis partem fundi deinde fundum stipulatur, vt probat text.in.d.l. qui vsumfructum. & ibi tradunt DD. quare etiam si in diuersis contractibus prædictæ stipulationes interponantur, posterior plus continens priorem nouat.l.si pupillus.9.§.fi.ff. de nouat.DD.in.l. pen.ff.de prætorijs stip.& in.l.4.§.ex conuentione.ff. de re iudicata.& in.l.singularia.ff. si cert.peta.Menoch.

lib.

lib.3.præſumptione.134.nu.5. Y anſi haziendoſe primero mejora de tercio y remanente de quinto, y deſpues de tercio y quinto, ſe ha de eſtar al pacto vltimo que cõtiene todo el quinto, y mucho mas quando in eadẽ ſcriptura vtraq; conuentio deducitur: nam tunc pactum incontinenti adiectum cõtractui ineſt. l. iuris gentium. 7. §. quinimo. ff. de pactis. l. lecta. 40. ff. ſi cert. pet. Y lo miſmo es dezir, hago mejora de tercio remanente de quinto, y deſpues de tercio y quinto, que dezir, hago mejora del tercio y quinto, iuxta iura ſupra adducta.

Y quando no ſirua de otra coſa masque de expoſiciõ de la palabra remanente, auerſe deſpues ſeguido la palabra quinto, eſſo baſta para declaracion de la voluntad, q̃ fue de q̃ la mejora fueſſe de tercio y quinto, y mas abaxo en la miſma eſcritura de mejora ſe contienen eſtas palabras, *Que no yremos ni vendremos contra ella, &c. por teſtamento ni codicilo, ni por otra donacion entre viuos, ni cauſa mortis, ni por otra diſpoſicion alguna*, que fue lo miſmo que dezir, no haremos donacion, de manera que ſe diſminuya el quinto.

Secundo eadem difficultas diſſoluitur, quia iura & DD. in contrarium adducti procedunt, quando ante aliquid datum vel donatum eſt: tunc enim, verbum reſiduum datum, ſeu donatum excipit. l. item quod Sabinus 17. §. 1. verſ. ſed ſi aſſe. l. qui non militabat. 78. §. fin. cum duabus. ll. ſeqq. ff. de hæredib. inſtituend. l. 2. C. eodẽ. tit. vbi Alex. nu. 2. & DD. Bar. in. l. Cẽturio. num. 42. ff. de vulga. y aun en eſte caſo, verbum reſiduum totum comprehendit, quando ſcilicet is, cui prius aliquid datum, vel donatum eſt, aut non capit, aut capere non poteſt. d. l. 2. C. de hæredibus inſtituend. Vincen. de Frãch. deciſ. 45. nu. 3. p. 1. Simon de Prætis de interpretatione vltimarũ voluntatum, lib. 3. dubit. 1. nu. 53. fol. 7. ea ratione, quod verbum reſiduum totum poteſt comprehendere. l. poteſt reliquorum. 95. l. cæterorum. 160. ff. de verb. ſignif.

l. cum

l.cum optio 17.ff.de optione legata.Franch.supra.nu.5. cum sequentibus: y este no es nuestro caso: pero quando antes no estan hechas donaciones, y se vsa de la palabra *residuo*, como sucedio en nuestro caso, postea donationes fieri non possunt.

¶ Quod probatur ex textu optimo in.l.Titius rogatus.54.ff.ad Trebel.ibi: *Titius rogatus est, quod ex hæreditate superesset, Mæuio restituere, quod medio tempore alienatum est, id quandoq; peti poterit, si non interuertendi fideicommissi gratia aliquid tale factum probetur.* Y aunq̃ la authentica contra cum rogatus.C.ad Trebel.moderò la parte que podia gastar el grauado a la restitucion del fideicomisso, ratio.d.l.Titius rogatus, in hoc casu viget.

¶ Idem probat text. in.l.3.§.nonnunquam.ff. de vsuris.ibi: *Vt puta si quis rogetur post mortem suam quid quid ex bonis supererit, Titio restituere: vt enim ea, quæ bona fide diminuta sunt, ni fideicommissi causa nõ comprehenduntur, si pro modo cæterorum quoq; bonorum diminuantur: ita quod ex fructibus supererit iure voluntatis restitui oportebit.* l.sed & si lege.28.§.quod autem quis.ff. de petitione hæreditatis.ibi: *Quæ alienata erant non minuendi fideicommissi causa, &c.* l.deducta.58.§.fin.ff.ad Trebellianum.

¶ El punto esta en ver, quando dicatur alienatio facta in fraudem: y quando se hazen donaciones, dicuntur fieri in fraudẽ causa interuertendi fideicõmissum.l. Imperator.72.§.vlt.ff.de legat.2.ibi: *Cùm autem rogatus quid quid ex hæreditate supererit post mortem suam restituere, de pretio rerum venditarum alias comperat, diminuisse quod vendidit non videtur.* Donde requiere el texto, que compre otras cosas en lugar de las vendidas, nè diminuisse existimetur, vbi glossa vltima mouet difficultatem, ibi: *Quid si alio modo alienauit quam vendendo, vt quia dissipauit.* Respon. *Distinguitur, an cesserit causa interuertendi fideicommissum, an non:* y la prueua le in-

H cum-

cumbe al que dize que no huuo fraude en la donacion que hizo, contra quem qui donauit, ſemper fraus præſumitur.l.qui autem.6.§.ſimili modo dicimus.ff.quæ in fraudem creditorum: ex quo textu obſeruant ibi Doctores ſatis eum dici fraudem facere, qui alienat titulo lucratiuo.

¶Y en eſtos terminos, ex textu in.d.l.Titius rogatus. 54.ff.ad Trebel.deducit Paul.ibi nu.1.&.2.quòd in dubio alienatio dicitur facta interuertendi fideicommiſsi cauſa, niſi contrariũ probetur. Quod dicit tũc probari, cum vrgente neceſsitate fit alienatio, quod & ſenſit Angelus in.l.Titius rogatus.probatquè text.ibi, ſi bene perpendatur, & quod donatio ſemper intelligatur facta interuertẽdi fideicommiſsi cauſa, probat Bart.in.l. Imperator.72.§.vlt.nu.2.ad fin.ff.de legat.2.ibi: *Aut dubitatur quo animo fecit, & tunc ſi ex pretio aliquid ſibi fecit, & in dubio nõ videtur facere animo diminuendi fideicommiſſum, aliàs ſecus*: donde Bartulo preſume buena fee, quando ſe compran otras coſas, y ſe ſubrogan en el fideicommiſſo, vel quando aliquid vtile ſibi fecit grauatus, como cõuirtiendole en ſus proprios vſos, y excluye todos los otros caſos, en los quales ſe preſume mala fee, ibi, *Aliàs ſecus*: y alli ſe incluye el caſo de la donacion, en la qual ſe preſume mala fee, y que ſe haze cauſa interuertendi fideicommiſſum. Nam dolus præſumitur, niſi appareat, quòd ob aliquam vtilitatem, vel neceſsitatem fiat alienatio, vt ex Bart. ſupra, & ex Paulo ibi reſoluit Alexand.in.d.l.Titius rogatus.nu.9.verſ.dicit etiam hic Paul.& in terminis, quòd donatio in fraudem facta dicatur, reſpondit eleganter Ruin.conſ.163.caſus talis eſt. nu.1.verſ.ſed præmiſsis non obſtantibus. cum ſeqq.lib. 3.& conferunt quæ obſeruat Socin. Iunior. conſ.140. nu.23.&.24.lib.4.

No obſta dezir, que en eſte caſo non procedit. l. Titius rogatus, cum cæteris ſuperius adductis, quia ſcilicet, graua-

grauatus restituere iure alieno non proprio vtitur, & ideo ei donatio prohibita est.

Porque se responde, que quando la mejora se haze por modo irreuocable, no esta en mano del que la hizo reuocar.l.ab emptione. ff. de pact. cum vulgaribus. Idque ostendimus in priori consideratione, & ita donando, vel diminuendo meliorationem non dicitur, vti iure proprio cum id facere non posit: quemadmodum neque restituere grauatus: & ideo in eo qui facit meliorationem modo in reuocabili locum obtinet. d.l. Titius rogatus. 54. ff. ad Trebell. cuius legis responsum valde notabile esse, inquit Cuma.ibi.num.2.&.3. vbi in specie subijcit, hæc verba. *In contractu promittis, quod supererit de aliqua re, tu consumpsisti dolose totum, nunquid tenearis, & dicitur quod sic.*

Denique.d.l. Titius rogatus. in cõtractu locũ habet. Luego haziendo mejora irreuocable por contrato, mi señora D. Çatalina no puede despues hazer donaciones en perjuyzio del mejorado, y en diminuciõ del quinto.

Quarto agrauio. Que no pudo mi señora doña Catalina gozar del vsufruto del tercio de la mejora de los bienes del S. Licenciado Alonso Muñoz, y que pertenece a don Pedro.

ESTA mejora se hizo por padre y madre, y asi son dos mejoras, aunque se comprehendẽ en vna escritura. l. eo quod à multis. 10. C. si cert. petat. l. Papinianus. §. sed neque impuberis. ff. de inoffici. testament. Oldral. consi. 174. Bald. in. l. humanitatis. nu. 37. C. de impuberum, & alijs substi. Tiraquel. de primog. q. 68. lib. 4. cap. 2. num. 84. Tellus in. l. 17. Tauri. num. 13. ad fin. Y asi se han de regular como dos mejoras separadas, vna del padre, y otra de la madre: pero porque el padre y madre pusierõ pacto, de q̃ el que quedasse viuo gozasse

gozaſſe del vſufruto por ſus dias, y ſobreuiuio la madre, y lleuo el vſufruto, dize don Pedro, que no lo pudo lleuar del tercio: porque en el no ſe puede poner grauamē, ſino es en fauor de los otros hijos, o decendientes. l. 27. Tauri. l. 11. tit. 6. lib. 5. Recopil. quæ cum vtatur de la palabra, no pueda, induze nulidad del acto cōtrario. gloſ. & DD. in reg. beneficium in. 6. Y aſsi fue nulo el grauamen de que la muger gozaſſe del vſufruto contra formam legis.

2. Quod comprobatur, porque por la dicha ley. 27. tertium efficitur legitima filiorum reſpectu extraneorum. Palat. Rub. in d. l. 27. Taur. nu. 10. ad fin. Matient. in. l. 11. gloſ. 1. nu. 2. tit. 6. lib. 5. Recop. Rojas in epitome ſucceſſion. cap. 4. nu. 2. & ita grauauen, tam proprietatis, quā vſusfructus eſt reijciendum à tertio, en lo que fuere en fauor de eſtraños, ſicut reijcitur à legitima. l. quoniam in prioribus. auth. nouiſsima. C. de inoffi. teſtam. authē. detriente, & ſemiſſe. §. prohibemus. collat. 3. Xuar. in. l. quoniam in prioribus ampliat. 3. num. 5. Y lo miſmo eadem ex cauſa dicitur grauamen huiuſmodi reijci à tertio, no ſiendo pueſto iuxta formam. l. 27. Tauri, y ha de lleuar enteramente don Pedro el dicho tercio en propiedad, y vſufruto, quitandole del el grauamen, y dexādo ſolo a la dicha D. Catalina deſde el dia de la muerte de ſu marido el vſufruto del quinto, y dando al dicho don Pedro los frutos del tercio deſde el miſmo dia de la muerte de ſu padre, como lo tiene expreſsamente alegando otros Antonius Gomez tom. 1. variar. cap. 11. nu. 26. Gutierrez, que defiende eſta opinion por muchos fundamentos lib. 3. practicarum. q. 57. per totam, maxime num. 1.

3 Non obſtat. l. vxori meæ. 37. ff. de vſufruct. legato, q̄ diſpone que vale el legado del vſufruto dexado a la muger en perjuyzio de la hija, quia communi voto receptū eſt, eam legem correctam eſſe per. d. authen. nouiſsima.

C.de

C.de inoffic.testam.glos.fin.in.d.l. vxori meæ. glos. in. d.authen.nouissima, & in.§.prohibemus.auth.de triente, & semisse collat.3. de communi attestantur.DD. in dictis iuribus,maximè Ias.in.d. auth.nouissima. nu. 44. Molina lib.2.cap.1.num.29.

Y aunque ha auido Doctores del Reyno, que tienen q̃ la muger dexada por vsufrutuaria de los bienes,auiendo hijos ha de lleuar el quinto en propiedad,no ha lugar,ni procede en nuestro caso por ser cõtra la mente del padre que mejorò, y quiso que solo lleuasse vsufruto,y vinculo la propiedad, & ita quia non valuit el grauamen en el vsufruto del tercio,ha de quedar con solo el vsufruto del quinto, y lo demas,nullo modo valet,ex regula qua habetur, que quando non valet lo que vno haze,en la forma q̃ lo haze,nullo modo valet,pues cõsta de la mente del que dispuso, que fue la referida, & ita procedit optime d.regula.l.1.ff. de iure Codicil.l.1.ff.de const.pecu.l.ex ea.ff de testam. Bald. in.l.si absentis.nu. 7.ad fin.C.si cert.petat. Y assi lo dize, respondiendo a las razones contrarias en este caso, Gutierrez.d.lib.3. pract.q.57.per tot.maximè.num.11.cum seqq.

Tampoco puede obstar a lo dicho,regul.l.ab eo.C.de fideicommiss.que puede vno grauar al que honra:porq̃ estando como esta dada forma en el grauamen, que se puede poner al tercero,per.d.l.27.Taur.nó pudo exceder del,ex supra dictis. Y el honrar al dicho don Pedro fue respeto de sus hermanos,y ansi, aunque respeto dellos le pudiera grauar non vltra, pues el grauamen se ha de regular con la honra,ex traditis in.d.l.ab eo.C.de fideicommiss.y assi se le ha de dar al dicho dõ Pedro enteramente el vsufruto del tercio de la mejora que el padre le hizo desde su muerte.

Las partes contrarias insisten principalmente en la doctrina de Palacios Rub. in rubrica de donatio. inter vir.& vxor. §. 50. num. 17. qui resoluit, quod coniuges

possunt inter se pascisci, vt mortuo altero, alter in bonis prædefuncti succedat in præiudicium parentum, & filiorum, ea ratione, quod factum est reciprocum, & ita potest celebrari inter coniuges. l. vnica. § illo proculdubio. C. de rei vxoriæ actione. l. ex morte. 9. §. hoc tamen obseruandum. C. de pactis conuentis. l. 23. l. 30. tit. 11. p. 4. Y de aqui dize la parte contraria, que el caso esta determinado en terminos en su fauor, porque sus padres hizieron contrato reciproco, de que el que sobreuiuiesse, gozasse del vsufruto de los bienes del otro, y que desta manera pudo quedar grauado el vsufruto del tercio por contrato reciproco, y para esto alega otros muchos fundamentos.

Para satisfazer a esta dificultad, se fundara en la primera parte, que la dotrina de Palacios Rubios no es verdadera.

En la segunda, que aunque lo sea, no se puede aplicar a nuestro caso.

¶ Prior Pars.

LA dotrina de Palacios Rubios no es cierta, primo ex ratione textus in. l. licet inter priuatos. 19. C. de pactis, qui textus inter milites pactum reciprocum futuræ succesionis admisit, non tamen ei vim contractus, sed vltimæ voluntatis virtutem tribuēdam esse decreuit, vt probat in illis verbis. *Tamen cum voluntas militum quæ super vltimo vitæ spiritu deque familiaris rei decreto quo quomodo contemplatione mortis in scripturam deducitur, vim postremi iudicij obtineat, &c.*

Y ansi que no se aya de tener por contrato, sino por vltima voluntad, affirmant ibi glossa vltima. Bar. num. 1. & 4. Bal. nu. 1. & 7. Salicet. nu. 1. & 5. ad finem. Ias. nu. 5. & nu. 15. ad finem. Dec. nu. 12. Alciatus. nu. 11. 12. & 13. & alter contrahentium, etiam altero mortuo potest huiusmodi pactum tanquam vltimam voluntatem reuocare,

vt cõstat ex DD. supra adductis, atq; ex Burgos de Paz, cons. 2. nu. 16. & Valasco, consultatione. 7. nu. 7. versi. veruntamen, vbi hanc esse communem sententiam attestatur.

De aqui se sigue, q̃ el pacto de suceder el que sobreuiue en los bienes de difunto, no se ha de tener por contrato que contiene causa onerosa, sed cum habeat vim supremi iudicij vnicuiq; liberum est ab eo recedere. Alciatus in d. l. licet inter priuatos. n. 5. C. de pactis. Pechius de testamen. coniugum, lib. 1. c. 18. n. 1. cum seqq. Burgos de Paz, & Valascus supra: y siendo como es vltima volũtad, perspicuum est id pactum sui natura reuocabile esse, ex vulgari reg. l. 4. ff. de adim. legatis, quare nemo potest sibi eam legem imponere, ne liceat ab ea dispositione recedere, quæ nacta est vim vltimæ voluntatis l. si quis in principio testamenti. ff. de legat. 3. Cùm igitur inter virum & vxorem pactum reciprocum futurę successionis valeat celebrari ex iuribus in obiectione allegatis, nõ aliter id pactum censeri debet, quam pactum cuius meminit d. l. licet inter priuatos, quod cum vltimæ voluntatis vim obtineat, & proinde reuocationi subiaceat, no se puede dezir que tiene naturaleza de contrato oneroso, y no siendo contrato, sino vltima voluntad ∴ consequens est, patrem non posse filium in tertio grauare. l. 27. Tauri. l. 11. tit. 6. lib. 5. Recop.

No obsta, que la mejora se hizo por contrato irreuocable, y que el pacto reciproco està en ella, y no ha de ser reuocable, ne vna & eadem res diuerso iure censeatur contra l. eũ qui ædes. ff. de vsucap. Porque de la escritura resultaron dos disposiciones diuersas: vna en fauor de don Pedro, en que fue mejorado por su padre y madre, y esta fue por contrato irreuocable: otra entre su padre y madre, y en fauor del que sobreuiuiesse, y esta tuuo naturaleza de vltima voluntad, ex his quę superius diximus, y es muy conforme a derecho, que en vna mis-

ma escritura se puede celebrar contrato y vltima volũtad.l.si seruus legatus.111.§.qui quinq;.ff.de legat.1.ibi. *Legatum & stipulatio valebit*.l.non est mirum.26.ff. de pignorat.actio.l.1.§.assignare.iuncta.l.assignare.ff.de assignand.libert.glo.communi voto recepta, verbo, alienum,in.l.hæredes palam.21.§.1.versi.sed si notam.ff. de testament.vbi DD.dicit communem Ias.in.l. cum antiquitas,nu.5.C.de testament.Crot.in repetitione.l.frater à fratre,nu.24.ff.de condict.indeb.Gutierez in.l.nemo potest.ff.de leg.1.nu.254.

Siendo pues vltima voluntad este pacto,maxime cõducit.l.viuus libertus.9.ff.ne quid in fraud.patron.ibi. *Viuus libertus donare benemerentibus amicis potest legare vero neq; benemerentibus amicis potest quo patroni partem minuat*; ex quo textu constat non posse libertum per viam vltimæ volũtatis patroni legitimam minuere, etiam si benemerentibus legatum relinquat.

Et quamuis donationis remuneratoriæ titulo,id facere possit,vt inquit text.ibi Bald.in.l.2.oppositio.4.C.de inofficiosis donationibus.Ioan.Garcia de donatione remuneratoria.nu.40.nullum tamen negotium facit nostro instituto,duplici ratione.

Prior ratio est, quia versamur in dispositione quæ vltimæ voluntatis vim habet, y assi el texto en la vltima parte fauorece nuestro intento, porque nõ permite que por via de legado, ni vltima voluntad, libertus possit ob benemerita aliquid relinquere quo patroni partem minuat.

¶ Posterior ratio est, quòd decisio text.in.d.l. viuus libertus.en quanto permite la donacion remuneratoria al liberto, respectu legitimæ patrono debitæ, non debet trahi ad legitimam filiorum, quæ diuerso prorsus iure censenda est Regijs legibus animaduersis, ex quibus pater non potest de bonis filiorum, sed de suis duntaxat, remunerare: bona enim parẽtis sunt bona filiorum.

 authent.

authen. nouissima. authen. vnde si parens. C. de inoffic. testamen. & filij sunt creditores paterni. l. fin. C. de cur. furios. constatq; iure Regio bona omnia parentum esse bona filiorum, de quibus pater nec viuens nec moriens vltra quintum disponere potest: vnde si vltra quintum pater donasset remunerando remuneraret quidem ex alieno, non ex proprio. Ias. in. l. ex hoc iure. nu. 62. vers. decimum effectum. ff. de iusti. & iur. Gregor. glos. 12. & 13. in. l. 8. tit. 8. p. 5. Couar. in. c. cùm in officijs. de testam. nu. 11. Ioan. Garsia de donatione remuner. nu. 41. Y ansi aunque se diga que fue donacion remuneratoria la que se hizo entre marido y muger, non potuit vim sortiri in præiudiciũ filiorũ, quanto mas auiendose hecho por vltima volũtad, de donde parece q̃ no se puede sustẽtar la opiniõ de Palacios Rubios, el qual solo es autor della.

¶ Secundò, alia ratione constat eiusdem authoris sententiam reijciendam esse, quoniam iura quibus ipse innititur, nõ probant coniuges posse pacisci de futura successione, in præiudicium filiorũ, sed illud tantum nempè posse inter eos celebrari pactum reciprocum de lucranda dote & donatione propter nuptias. l. ex morte. 9. §. hoc tamen. C. de pact. conuen. l. vnica. §. illud proculdubio. C. de rei vxor. act. Y las leyes de la partida, que concuerdan con estas, no disponen otra cosa. l. 23. l. 30. tit. 11. p. 4. imo dict. l. 23. sensit non posse id in filiorum præiudicium admitti, & ita inquit post principium. *E la que es por pleyto que ponen entre si haze desta guisa, como quando otorgan ambos en vno, el vno al otro, que muriendo el vno dellos sin hijos, el otro que fincare que aya la dote, o la donacion toda, o alguna partida della, segun lo establecieren.*

¶ Posterior pars.

ET Si opinio Palat. Rubi. vera esset huic casui adaptari minimè posset. Primò, porque para que se dixera reciproca donacion, y por el consiguiente

hecha por causa onerosa, auia de prouar la parte contraria, como fundamento de su intencion, que sus padres quando hizieron el pacto reciproco, eran de vna misma edad, poco mas o menos, conforme a la dotrina de Pedro de Belapertica in repetitione.l.donationes.C. de donationibus inter virum & vxorē.col.5. in paruis. vers.iuxta hoc quæro. quem refert & sequitur Tiraq. in.l.si vnquam.C.de reuocand.donation.vers.*donatione largitus*.nu.135. donde refiriendo la doctrina de Belapertica, y otros muchos fundamentos por ella, dicit, quòd vt valeat donatio mutua à viro & vxore facta superstiti, requiritur quod sint æqualis proprietatis, facit textus in.l.cum hi.8.§.vult igitur.vers. modus autem.ff. de transactionib.ibi: *Modus autem pro ætate eius, qui transigit, arbitrandus est ex valetudine: nam aliter cum puero, aliter cum iuuene, aliter cum sene transigi palam est:* Este texto tuuo consideracion a la edad, para q̄ huuiesse igualdad en la transacion que se haze por razon de alimentos, quæ vita finiuntur, vt ibidem textus concludit. l.is qui causa.15.ff.de fideicommissarijs libertatibus, ibi: *Interest enim nonnunquam à sene potius manumitti, quàm à iuuene*: & constat in reciprocis æqualitatem seruandam esse, vt in substitutione reciproca.l.in testamēto.6. C.de testamento militis.ibi: *Quo vtrobique pari ratione potuit substitui*.l.2.C.de impuberum & alijs substitut.& ita quod in reciprocis magnam faciat coniecturam æqualitas & debita proportio, ex Bald.& alijs resoluit Tiraquel.d.verb.donatione largitus.nu.135.

Idipsum confirmatur ex optimo textu in.l.quod autem.8.§.si vir & vxor.ff.de donat.inter virum & vxor. suponiendo, que la donacion inter coniuges est prohibita: y para que valga ha de ser reciproca e igual, y assi lo determina el texto en terminos, ibi: *Si vir & vxor, qui ad inuicem sibi donauerint, & maritus seruauerit, vxor consumpserit, rectè placuit compensationem fieri donatio-*

num:

*num:*probat etiam textus in.§.indemq; ait.dict.l. quod autem.

¶Nec obstat.l.de fideicommisso. 11.C.de transactionibus.l.si pater puellæ.12.C. de inofficioso testamento: quæ iura, nisi subsit parratio locum non obtinent. Cuman.consi.115.Anton.num.4.Decius in.d.l. de fideicómisso.num.*3*.vers.& ideo. Curtius Iuni.in.l.1.C.de pactis.num.10.&.11.vbi Zucard.nu.58. Alciat.in fine principij. Ruin.consi.*20*.num.13.& 14.lib.2.Burgos de Paz, con.28.num.26.Berret.consi.103.num.4. Y por lo menos quando no aya total ygualdad. Angel. in.l. qui Romæ 122. §.duo fratres.nu.7.versi.quinto hæc interpretatio.ff.de verbor.obligat.Alexend.consi.8*3*. nu.18. lib.2.Tiraq.in.l.si vnquam.C. de reuocand. donation. verbo, *donatione largitus*. num.136. Y los autores referidos hablan respeto de la hedad, y lo mismo es quando los que hazen donacion reciproca, no tienen yguales bienes, porque auiendo en esto desigualdad, nõ potest dici mutua, nec reciproca, vt ex Petro de Bellapert. resoluit idem Tiraquel.supra num.*3*.137.& ita inquit Casan. in consuet.Burgund.rubr.*4*.§.*7*.in text.ibi.*S'autrement, &c.*num.14.versi.& ista, quia inæqualitas respicit tam bona, quam tempus vitæ vtriusque, & ea existente donatio reciproca dici non potest. Y en este caso se prueua cõ euidencia que no pudo auer ygualdad, y que por esso cessó la reciprocació, porque mi señora doña Catalina no pudo dar a su marido otro tanto como el dio a ella, presuponiendo que si ella muriera, su marido como padre auia de lleuar el vsufruto del hijo que tenia debaxo de su potestad.l.cum oportet.C. de bonis quæ liberis. Y ansi ella no le daua nada, y auia de lleuar el vsufructo muerto su marido sin compensar cosa alguna para la reciprocacion, & ita non potest dici fuisse celebratum pactum reciprocum inter coniuges.

¶No constando pues que auia ygualdad en la edad de

de los padres de don Pedro, ni en los bienes que tenian, o que era poca la diferencia, ni que fue ygual lo que el vno dio al otro, y el otro al otro, donatio non potest dici reciproca; y no lo s..ndo cessat prorsus obiectio cõtraria: porque aunque fuera verdadera la opinion de Palacios Rubios, que es solo el autor della, y no parece que otro la aya tenido, se deuia limitar quando non constat de æqualitat..; pues para que se diga donaciõ reciproca se requiere ygualdad, o que aya poca diferencia.

¶Lo qual se comprueua, porque el motiuo de Palacios Rubios, es que la donacion reciproca contiene remuneracion y causa onerosa: at donatio remuneratoria æqualitatem continere debet, vt scilicet donatio merita non excedat. l. Attilius Regulus. 27. ff. de donat. l. sed & si lege. 28. §. consuluit. ff. de pet. hæred. DD. in. l. si donatione. C. de collat. Cephal. consi. 94. num. 17. &. 18. lib. 1. C. de bon. matern. 3. p. nu. 61. &. 62. Y no siendo tales los meritos q̃ se puedan pedir en juyzio, donatio nõ potest legitimæ præiudiciũ afferre, ex pluribus. Gutier. de iuramento confirmatorio. 1. p. c. 5. nu. 27. cum seqq. Greg. glos. 13. in. l. 8. tit. 4. p. 5. Tell. in. l. 28. Tauri. nu. 3.

¶In quo singularis est doctrina Cassanei in consuetudine Burgund. Rubr. 4. §. 7. text. Ibi, *Sautrement*. nu. 14. versi. & ista inæqualitas. colu. 674. vbi ita inquit: *Et aduerte quod reciprocatio non est bona, nec vera reciprocatio quando sibi inuicem faciunt donationes superuiuenti, ita quod tantum superuiuens lucratur, & non mortuus, quia requiritur quod vterq; participet de donatione, siue viuat, siue moriatur, aliàs non est vera reciprocatio.* De manera, que requiere que el viuo y el muerto participẽ de la donacion, quod cum non contingerit in hoc casu, quia superstes tantum donatione erat potiturus, consequens est non fuisse reciprocam donationem.

Secundò, no puede proceder en este caso la opinion de Palacios Rub. el qual solo trata del pacto reciproco q̃

el marido, e muger hazen entre si, en que se instituyen el vno al otro por herederos, y nuestro caso es diferente, porque lo que principalmente hizieron los señores Licenciado Alonso Muñoz, y doña Catalina, fue mejorar al señor don Pedro, y hazer mayorazgo del tercio y quinto, y haziendole como no le pudieron poner grauamen en el tercio, tampoco se lo pudierõ poner en los frutos del, suponiendo, quod tertium est legitima filiorum respectu extraneorum. l. 27. Tauri. l. 11. tit. 6. lib. 5. Recop. Palacios Rubios in. d. l. 27. Tauri. nu. 10. ad finé. Matienço in. l. 11. glo. 1. nu. 2. tit. 6. lib. 5. Recop. Rojas de succesionibus. c. 4. nu. 2.

Cùm igitur tertium sit legitima filiorum, consequẽs est filium non tantum in tertio, sed neq; in tertij vsufructu grauari posse, nam legitima non recipit grauamen etiam in vsufructu, auth. nouissima. C. de inofficioso testamento. §. prohibemus in auth. de triente & semisse. Xuarez in. l. quoniam in prioribus. C. de inofficioso testamento, ampliat. 3. nu. 1. Mantua de legitima filiorum, vers. tertio, & vltimo dubitatum fuit, tom. 8. tracta. p. 1. fol. 440. Gomez, tom. 1. variarum. c. 11. n. 26. Ayora de partitionibus. 2. p. quæst. 21. nu. 58. late Gutierrez, lib. 3. practicarum. q. 57. per totam, vbi nu. 11. plures alios auctores refert Angulo de meliorationibus. l. 11. glo. 2. nu. 1. ad finem, vbi in specie resoluit grauamen vsusfructus à tertio esse reijciendum. De manera que solo es el punto, si haziendo los padres mejora a vn hijo, le puedẽ grauar en el vsufruto del tercio: & hoc est, quod principaliter actum est, quare id attendi debet: y assi no fue el fin de los que hizieron la mejora hazer pacto reciproco, si no mejorara a su hijo, qui non potuerunt eum grauare in vsufructu, vt ostendimus, porque en el tercio no se puede poner grauamen, sino en fauor de los otros hijos o decendientes en la forma que lo dispone. l. 27. Tauri. l. 11. tit. 6. lib. 5. Recop. Por las quales leyes esta dada forma,

y en ninguna manera ſe puede poner grauamen al hijo en fauor del marido ni de la muger, ni de otra perſona que no ſea de las contenidas en la ley de Toro, vt inferius dicemus.

Tertiò, porque aunque el intento de los que hizierõ la mejora fuera tambien de hazer pacto reciproco entre ſi, ſe ha de aduertir que eſta materia de ſi por la reciprocacion vale aquello de que ſin ella no valiera, ſe ha de mirar la cauſa de la prohibicion: y ſi ceſſa la cauſa de la prohibicion con la reciprocacion, y ſe cumple con la diſpoſicion de la ley con la dicha reciprocacion, entonces obra, para que por razon della valga, lo que ſin ella no valiera: pero quando con la dicha reciprocacion no ſe cumple con la diſpoſicion de la ley, ni con ella ceſſa la razon de la ley, entonces no ſe ſuſtẽtara lo que ſe haze contra la ley, por razon de la dicha reciprocacion: eſta reſolucion ſe colige de lo que latamente reſuelue Octauiano Cacherano, Pedamontana deciſ. 100. nu. 17. & 19. donde defiende, quod donatio inter virum & vxorem, ſe ſuſtenta quando es reciproca, porque entonces ceſſa de todo punto la razon de la prohibiciõ, la qual es ne mutuo amore ſe ſpolient, porque ſiẽdo la donacion reciproca, y de ygual cantidad, como lo ha de ſer, y el lo reſuelue alli, poſt plures quos refert, tãto recibe cada vno como dà: y anſi no ſe deſpojan, y ſe cumple con la ley, porque eſta no es propiamente donacion quando ſe recibe otro tanto, iuxt. tex. in. l. cõtra iuris. §. 1. ff. de pact. pero que no valdra el pacto y concierto en que ſe dexan reciprocamente el vno al otro la herencia, etiam inter coniuges, vt reſoluit, nu. 20. porque la ley ha diſpueſto que no ſe pueda dar, ſino es por teſtamento, y ha prohibido el darſe per pactũ, & induxit certos modos per quos, & non per alios, hæreditas daretur, y dio à la herencia cierta naturaleza que ſea la voluntad de dexalla deambulatoria, vſque ad mortem, y que por

eſſo

esso no vale esse pacto reciproco, porque no cessa la razon de la ley, por razon dessa reciprocacion, ni se cumple con la disposicion de la ley con essa reciprocacion: porque aunque se de reciprocamente, no cumple con la ley, que quiere que no se pueda dar nisi per vltimam voluntatem, ni se cumple con la disposicion de la ley, que es que se de dessa manera y no de otra: y que la vltima voluntas sit deambulatoria vsque ad mortem.

Desta resolucion nace, que aunque sea reciproco el grauamen del vsufructo, puesto en esta mejora no puede valer por razon de la reciprocacion: y la razon es, porque por razon dessa reciprocacion no cessa la razõ de la ley, ni se cumple con su disposicion: porque la ley 27. de Toro, permite poner en la mejora grauamenes: pero para que ayan de valer, permite que se pongan en la forma que alli se contiene: y si se pusiere de otra forma, los irrita y anula: cerca de la qual ley se han de aduertir dos cosas.

La primera es, que la dicha ley induze forma. Palat. Rub. nu. 50. Gomez Arias nu. 18. Castill. num. 36. Tello nu. 7. ad fin. & nu. 12. latè Velazquez de Auend. gloss. 2. nu. 2. cum seqq. in. d. l. 27. Tauri. Mieres de maiorat. 2. p. quæst. 6. nu. 25. Molin. lib. 2. c. 11. nu. 12. Angulo de melio. in. l. 11. glos. 4. nu. 1. cum seqq. Gutier. lib. 3. pract. quæst. 52. nu. 5. cum seqq.

La segunda, que la razon propria de aquella ley no es porq̃ el tercio es ligitima entre los hijos, como se prueua euidentemente: porque si esso fuera no se pudieran poner los grauamenes sino en fauor de los mismos hijos: pero permitẽse tambiẽ poner en fauor de personas que no tienen legitima en el dicho tercio, ni derecho a el, como son los hijos naturales, y los demas parientes colaterales estraños: y assi la fundamental razon dessa ley, es que quiso dar vna forma en la sucession quando se

venian

venian a poner vinculos y grauamenes, que pareciesse prudente y mas conueniente a la Republica, y mas conforme a la verisimil voluntad de los que auian de venir a ser dueños dessos bienes, para que ya q̃ la ley permitia a los padres hazer la mejora, y poner grauamenes en ella, no les quedasse esso libre, sino como les honraua la ley en permitilles esso, les grauasse tambien en que no lo hiziessen libremente, sino en la forma que se contenia en la dicha ley, instar legis humanitatis. C. de impub. donde aunque se permite a los padres hazer testamẽto por el hijo furioso, pero no se les permite hazer libremente, sino en la forma contenida en aquella ley, y dexando los bienes a las personas en ellas contenidas. Et omnes DD. in. d. l. 27. Tauri, fatentur vocationes dictæ l. 27. conceptas esse ad similitudinem exemplaris substitutionis. Molina lib. 2. cap. 11. nu. 13. Velazquez de Auen. in. d. l. 27. Tauri. glos. 2. num. 3. Gutier. lib. 3. pract. quæst. 52. nu. 2. in qua seruatur forma præscripta in. d. l. humanitatis. l. 11 tit. 5. p. 6.

Y de aqui nace no solo ser nulo lo q̃ se haze contra la forma de la dicha. l. 27. de Toro, vt superius ostẽdimus: pero que etiam ex voluntate filij meliorati, no valdra el grauamen que se pusiere contra el tenor y forma dictæ legis, vt resoluit Tellus ibidem nu. 15. & alij superius adducti, cùm tamen valeat grauamen positum ex voluntate filij in legitima. l. si quando. §. illud. C. de inofficioso testamen. de que se echa bien claramente de ver, que la razon fundamental de la dicha ley. 27. de Toro, no es el ser el tercio legitima inter filios, sino la misma de la ley humanitatis, de querer la ley que se haga en essa forma, por las consideraciones arriba dichas.

Y de aqui nace tambien que no cessa la razon de la ley. 27. ni se cumple con su disposicion por ponerse el grauamen reciprocamente en fauor del marido y muger, ansi porque induze forma, como por ser la causa de

su

ſu diſpoſicion la arriba dicha, porque en aquellos caſos en que no ſe mira mas que el interes, o daño, o prouecho de alguna perſona, y por ſola eſſa razon ſe prohibe hazer algo, entonces la reciprocacion de recebir otro tanto excluye la prohibicion de la ley, como es en el caſo de las donaciones inter virum & vxorem. l. quod autem. 8. §. ſi vir & vxor. §. idemq;. ff. de donat. inter virũ & vxorem, y en la renunciaciõ de la legitima, quæ etſi juramento intercedente fieri poſsit, facta tamen ſine iuramento valet, ſi renuncians tantum percipit, quantum ratione ſucceſsionis ei debetur. Bar. in. l. fin. num. 7. vbi Bal. nu. 15. C. de pactis. Abbas, conſ. 116. nu. 2. lib. 2. dicit communem Guilliermus Benedictus in. c. Rainũtius. de teſtamen. verbo, duas habens filias. num. 242. Georgius Natta in repetitione capituli quamuis pactum. num. 5. cum ſeqq. de pactis, lib. 6. y en eſtos caſos ha de auer ygualdad, vt probauimus.

Pero quando la prohibicion no ſolo mira eſſe daño, o prouecho, pero mira tambien la forma como ſe ha de hazer vna coſa, y quiere que ſe dexe de aquella forma y manera, y que ſi ſe dexare de otra lo anula, entonces aũ que ceſſe la razon del daño, y del interes, no valdra, porque no ſe cumple con la ley y ſu diſpoſicion, que quiſo que ſe guardeſſe aquella forma, y no ſe hizieſſe contra ella, vt eſt tex. expreſſus in. l. ſcimus. §. cum autem. C. de inofficioſo teſtamento, donde aunque al hijo ſe le dexe mas que ſu legitima, dexandole toda la herẽcia en recõpenſa del daño que ſe le ſiguia de dilatarle la entrega de ſu legitima, y aſsi parecia que ceſſaua la razon del daño e interes del hijo por la recompenſa que ſe le hazia: pero porque la ley dio cierta forma, en la qual mando que ſe dexaſſe la legitima ſin ningun grauamen, y anulo el grauamen que ſe puſieſſe, y le dio por no pueſto, ſe quita el grauamen de la legitima, aunque ſe aya pueſto con eſſotra recompenſa, iuxta dictum. §. cum autem, porque

essa recompensa no haze se cumpla con la disposicion de la ley en el dexar de la legitima, y ansi para podella grauar, no basta que el padre dexe recompẽsa, sino que es menester que el hijo espressamente consienta el grauamen, glo. verb. iudicium, in. l. si quando. §. generaliter. C. de inoffic. testam. vbi DD. Molina, lib. 2. c. 3. n. 7. Gutierez in. c. quamuis pactum, in prin. n. 39. Angulo de meliorationibus. in. l. 17. glo. 4. nu. 22. & glo. 6. n. 9. y ansi Molina, lib. 2. c. 11. nu. 8. Et alij dixerunt, que para grauar la legitima del hijo, dexandole mas que monta la dicha legitima en recompensa del dicho grauamen, que se dexe lo otro, con condicion, que el hijo consienta el grauamen de su legitima, y no lo consintiendo, que no aya lo demas, y enton ces valdra el grauamen, no por razon de la recompensa, sino por razon del consentimiẽto del hijo, vt constat ex. DD. antea adductis.

Y aun en la mejora del tercio no se puede poner el grauamen, etiam ex consensu filij. por auer en la disposicion de la ley de Toro fauor, no solo del hijo mejorado sino de las demas personas alli contenidas, vt resoluit Tellus dict. n. 15. & sic por esse. §. cum autem. d. l. scimus. C. de inoffic. testam. espressamẽte se prueua que lo que se haze contra formam legis, no vale por razon de reciprocacion, porque la reciprocacion no induze mas que vna recompensa del grauamen, y no basta la recompensa, quando la ley induxo forma y manera como se auia de hazer vna cosa, y ansi aunque si por via de donacion inter virum & vxorem, se dexara el marido a la muger, y la muger al marido reciprocamente alguna cantidad en propiedad, o vsufructo con ygualdad en todo, valiera essa donacion mutua, pero no se haziendo esso, sino vna mejora de tercio, la qual dicha mejora, ora se haga entre viuos, ora por vltima voluntad, precisamente se ha de hazer iuxt. formam. l. 27. de Toro, que habla en ambos casos, en ninguna manera se puede poner el dicho

gra-

grauamen la dicha mejora reciprocamente en fauor el vno del otro, porque haziendose la dicha mejora, y poniendose el grauamen en ella, ha se de hazer precisamente en la forma y manera que la ley manda: y por razon de la dicha reciprocació no se puede hazer de otra, vt constat ex traditis à Cacherano, vbi supra, y porque quando la ley manda no se ponga esse grauamen, y poniendole le anula, no se puede poner, aunque se dexe recompensa, iuxt. dictum. §. cum autem, y la reciprocacion no es mas que vna recompensa.

Quinto agrauio que los frutos del Quinto de la mejora del señor Licenciado Alonso Muñoz que lleuò mi señora doña Catalina, pertenecen à don Pedro.

LOS Frutos del quinto pertenecieron a la madre, Peral, in. l. Titia cum testamento. §. Titia cũ nuberet. nu. 20. cum seqq. &. nu. 22. &. 24. ff. de leg. 2. fol. 467. Azeued. in. l. 11. n. 17. tit. 6. lib. 5. recop. Gutierrez, lib. 3 practic. q. 57. nu. 6. 7. 8. & 11. Pero recayerõ en la mejora que ella hizo a don Pedro, pues fue de los bienes adquiridos, y que adelante adquiriesse, como lo dize la escritura, ibi. *De todos los bienes que tuuieremos y adquirieremos en qualquier manera*: Y se deuen ponderar aquellas palabras, *Todos los bienes*, que incluyen el vsufructo: nam qui totum dicit, nihil excludit. c. si Romanorum, vers. dicendo vero, dist. 19. l. Iulia. 66. ff. de leg. 3. l. à procuratore. 13. vbi glo. verbo. & omnem culpam, & DD. C. mandati. Decius cons. 358. nu. 1. Roland. cõs. 87. nu. 8. cum seqq. vol. 2. Bursatus cons. 4. n. 7. lib. 1. Y ningunos bienes, aunque sean adquiridos por extraordinario modo se pueden reseruar de la dicha dicion vniuersal. Bursatus cons. 189. nu. 79. lib. 2. y estando como esta en el numero plural, collectiuè accipitur. Bart. in. l. hoc articulo. nu. 3. ff. de hæred. instit.

Idque

Idque etiam probatur, ex natura illius dictionis vniuersalis, qualquier, quę omnes acquisiotionis casus complectitur, glos. in clem. 2. de offic. ordi. Decian. resp. 41. n. 59. vol. 2. Porque abraça la dicha dicion, y las semejantes que son vniuersales, vna generalidad plenissima. c. solitę ad fi. de maioritate, & obedi. ibi. *Nihil excipiens, quia dixit quodcumque.* Ioannes Staphileus de gratijs expectatiuis. q. 19. nu. 2. q. 28. nu. 12. & q. 66. nu. 1. & q. 97. nu. 1. Y por lo mucho que incluyen estas diciones, dicuntur effrenatæ. Bermondus Coueranus de publi. concub. versi. quod qui cumque. nu. 1. tom. 11. tracta. p. 1. fol. 162. & verba illa, *en qualquier manera*, sunt pręgnãtia, & denotant vniuersaliter omnem modum, qui excogitari possit. l. 1. ff. de testam. milit. l. his solis, & ibi glo. verbo, quoquo modo. ff. de conditione indebiti. Tiberi. Decianus resp. 57. n. 27. vol. 1. De manera, que ninguno queda exceptado. Auend. in tractatu de secunda supplicat. n. 12.

Y no se puede negar que sean bienes los que procedieron del dicho vsufructo. l. bonorũ. l. 1. y la. 2. l. subsignatum. §. bona. ff. de verb. sign. Pinel. in. l. 1. C. de bonis mat. p. 3. n. 6. Ioa. Garcia de expensis. c. 10. nu. 11. 12. & 13. y los frutos, es cosa clara que aumentan la hazienda. l. item veniunt. §. fructus. ff. de peti. hæred. Dueñas reg. 219. nu. 4. Matien. in rubric. tit. 6. nu. 3. y ansi includũtur absq; dubio, en la generalidad de la dicha mejora: res enim vndecumq; quæsita, aumenta el patrimonio, y por el consiguiente la cantidad de la mejora. l. liberto. 26. ff. de bonis libertorum, y auiendose aumentado la hazienda a la dicha doña Catalina con el dicho vsufructo, cõforme a las palabras referidas de arriba, se ha de sacar del, como de los demas bienes, el dicho tercio y quinto.

¶En quãto al vsufructo de la mejora, que la dicha doña Catalina hizo de su parte, que es llano q̃ le pudo gozar durante los dias de su vida, pues se puso por condiciõ y grauamen expresso de la dicha mejora, ibi. *Item con cõ*

dicion,

dicion, que auemos de tener y gozar, y ser vsufrutuarios de todo el tercio y remanente del quinto todos los dias de nuestras vidas y de cada vno de nos, y durante los dichos nuestros dias y vida, el dicho Pedro Muñoz vuestro hijo, y los despues del llamados no hã de auer ni gozar cosa alguna del vsufruto dello, ni de parte dello: Por la qual condicion se comprehende el vsufruto de la parte de la madre, debaxo del mismo determinado, que se determina el vsufruto de la mejora del padre: y assi se ha de hazer, y ygual determinacion: quia vnum determinatum respiciens plura determinabilia, pariformiter debet determinari. C. iã hoc iure, & ibi Alex. nu. 5. Ias. nu. 11. ff. de vulgari, & pup. substi. Tiraq. de retractu lignagier. §. 1. glos. 18. nu. 21. cũ seqq. Cephalus cons. 573. nu. 1. & 18. lib. 4. y como se resoluio arriba el vsufruto del quinto del padre, in donationẽ reincidit: y assi ha de ser en el de parte de la madre, vt fiat determinatio pariformis, pues no ay diferẽcia de los frutos a la propriedad: y lo vno y lo otro se regula de vna manera. l. fin. C. de frument. vrb. Constantinop. lib. 11. l. cum fructus. 8. C. de donati. inter vir. & vxor. Gutir. lib. 2. practicar. q. 69. nu. 3. Y todo ello acrecienta la hazienda de la madre y no es demas consideracion, que la acreciente por este modo, que por otro qualquiera, por lo que arriba resoluimos de la generalidad de las palabras que incluyen qualquier manera de adquisicion de bienes, propia o impropria, sin exceptar ninguno. Federic. de Senis cons. 84. Decius cons. 599. nu. 2. cum seqq. aunque la tal adquisicion proceda de disposicion de ley, o de hombre. Bart in. l. ventre. n. 11. ff. de acquir. hæred. Ias. in. l. si ita quis. §. ea lege. nu. 45. ff. de verbo. oblig.

¶ Y de aqui es, que si vno grauò a su heredero que restituyesse todo lo que huuiesse de su herencia, es obligado a restituyr la manda por diccion vniuersal, glos. & omnes in. l. cum virum. C. de fideicommis. Matien. glos. 19. nu. 28. in. l. 1. tit. 4. lib. 5. recop. Y auiẽdo dicho al principio

cipio desta clausula los mejorātes que hazian la mejora de todos los bienes que entonces teniā y tuuiessen adelante, auian incluydo qualesquier bienes, por la generalidad de la palabra, *Todos*, y despues añadieron, *Tuuieremos, &c. En qualquier manera*, refiriendo otra vniuersal a los modos de adquirir que para que sea de efeto, iuxta. l. si quando. ff. de leg. 1. de necessidad se ha de confessar que la pusierō para dar à entēder q̄ lo que procediera del vsufruto, entraua en esta mejora, & Arch. in cap. quamuis. col. 3. in princ. de offic. ordi. in. 6. dize q̄ no se han de excogitar titulos ni modos para exceptar los de las diciones vniuersales, sino entender que todos estan incluydos en ellas.

¶ Contra esto se opone, que el vsufructo por la vida de los que mejoraron, fue exceptado y reseruado de la mejora; y assi no se incluye en ella, vt euenit in donatione omnium bonorum, donde se reserua el vsufructo, y no cae despues en la donacion, antes del ay disposicion libre. Paul. in. l. stipulatio hoc modo concepta. nu. 3. vbi alij. ff. de verbor. obligat. Aym. cōs. 222. nu. 2. cum seqq. Molina de primogen. lib. 2. c. 10. nu. 21.

Quæ difficultas non obest, porq̄ en nuestro caso no huuo reserua de vsufructo, vt in casu donationis omniū bonorum, sino solo vn grauamen y condicion para que gozassen los que mejoraron del vsufructo por sus dias: pero no dizen que exceptan ni reseruan de la mejora el vsufructo: y se ha de notar mucho la palabra, reseruar, que essa es la que obra, quod non est totaliter facta concessio. Isern. & Bald. in. c. 1. §. si quis de manso. de cōtrouer. inuestit. Redoan. de reb. eccle. non alienand. q. 15. nu. 5. tom. 15. tracta. par. 1. fol. 493. quia reseruatio limitat, modificat, & restringit generalitatem, & vniuersalitatem verborum præcedentium. glo. verb. si pure, in. l. idem Labeo. ff. famil. ercis. Angel. cons. 27. in fin. y tiene fuerça de excepcion, quæ à regula excipitur, vt asserit

rit alios referens Tiber. Decian. respon. 32. n. 27. & 28. vol. 2. Y si la fuerça de la reserua obra in donatione omnium bonorum, en nuestro caso no la ay, ni vsaron de tal palabra los que hizieron la mejora, como parece por la escritura, ibi: *Item con condicion, que auemos de tener y gozar, y ser vsufructuarios de todo el tercio y remanente del quinto todos los dias de nuestras vidas, y de cada vno de nos, y durante los dichos nuestros dias y vidas el dicho Pedro Muñoz, nuestro hijo, y los despues del llamados no han de auer ni gozar cosa alguna del vsufructo ni parte dello*, por las quales palabras no reseruaron el vsufructo de la mejora, sino solo pusieron la dicha condiciõ y grauamen en ella, y con gozar los mejorantes del vsufructo de por vida, se cumplio la dicha condicion, y lo que procedio del, cayò en la dicha mejora, quia non fuit facta exceptio, seu reseruatio vsusfructus à melioratione, y asi se cumplio, con que ellos gozassen, y lo que aumẽto el vsufructo quedo sujeto a la mejora, quia extra illud grauamen, afirma la excepcion en todo lo que en el no esta espressamente determinado. l. nam quod liquidè in fin. ff. de penu. legata. l. in his. ff. de legib. l. quæsitum. §. deniq; ff. de fund. instruct. instrum. quæ lega. Dec. in l. 1. nu. 21. 22. & 23. ff. de reg. iur. Decian. respon. 35. n. 66. vol. 1. & respon. 43. nu. 12. vol. 3. Y asi en gozando por sus vidas los mejorantes, en lo que pudieron grauar, vt supra diximus, todo lo que queda de bienes adquiridos antes o despues de la mejora, cae en ella.

Secũdo refellitur eadem obiectio, porque ay mucha diferencia entre la donacion omnium bonorũ, y la mejora de qua agimus: porque la donacion omnium bonorum, præsentium, & futurorum, non valet, porque quita la libre facultad de testar. l. stipulatio hoc modo concepta. ff. de verb. obligat. l. fin. C. de pact. & vtrobiq;. DD. cõmuniter. Clarus lib. 4. sentẽt. §. donatio, q. 19. l. 69. Tau. Molina, lib. 2. c. 10. nu. 10. cum seqq. y por esta causa se

buscò

buscò el medio de la reserua del vsufructo: y porque este se acabaua cõ la muerte. §. finitur. institu. de vsufruct. se le dio interpretacion que no boluiesse a caer en la donacion, para que pudiesse testar el reseruante. Paul. in. d. l. stipulatio hoc modo concepta. nu. 3. & alij plures relati per Crauet. consi. 222. nu. 2. cum seqq. Couar. lib. 3. variarum. c. 12. nu. 1. & 4. Clarus vbi supra in nostro vero casu secus euenit: est enim valida melioratio ex his, quæ latè supra retulimus, sin reserua de vsufructo: y assi quando sea reserua la que se hizo en esta mejora, no ay quedar la interpretacion que se da a la donacion omnium bonorum: y con esto cessa la razon que della se haze, y queda resuelto que se le ha de dar al dicho don Pedro el vsufructo del tercio de su padre, desde el dia de su muerte, y el quinto del padre se ha de dar al tiempo de la muerte de su madre, y de todo lo procedido del, y bienes que su madre aumento, assi por causa del vsufructo que gozo, como en qualquier manera que los aya adquirido, se ha de dar su tercio y quinto enteramente, sin embargo de las donaciones que hizo a los otros sus hijos, las quales no fueron validas, ex supra resolutis.

De todo lo qual resulta que don Pedro tiene justicia. Salua la correccion de. V. m.